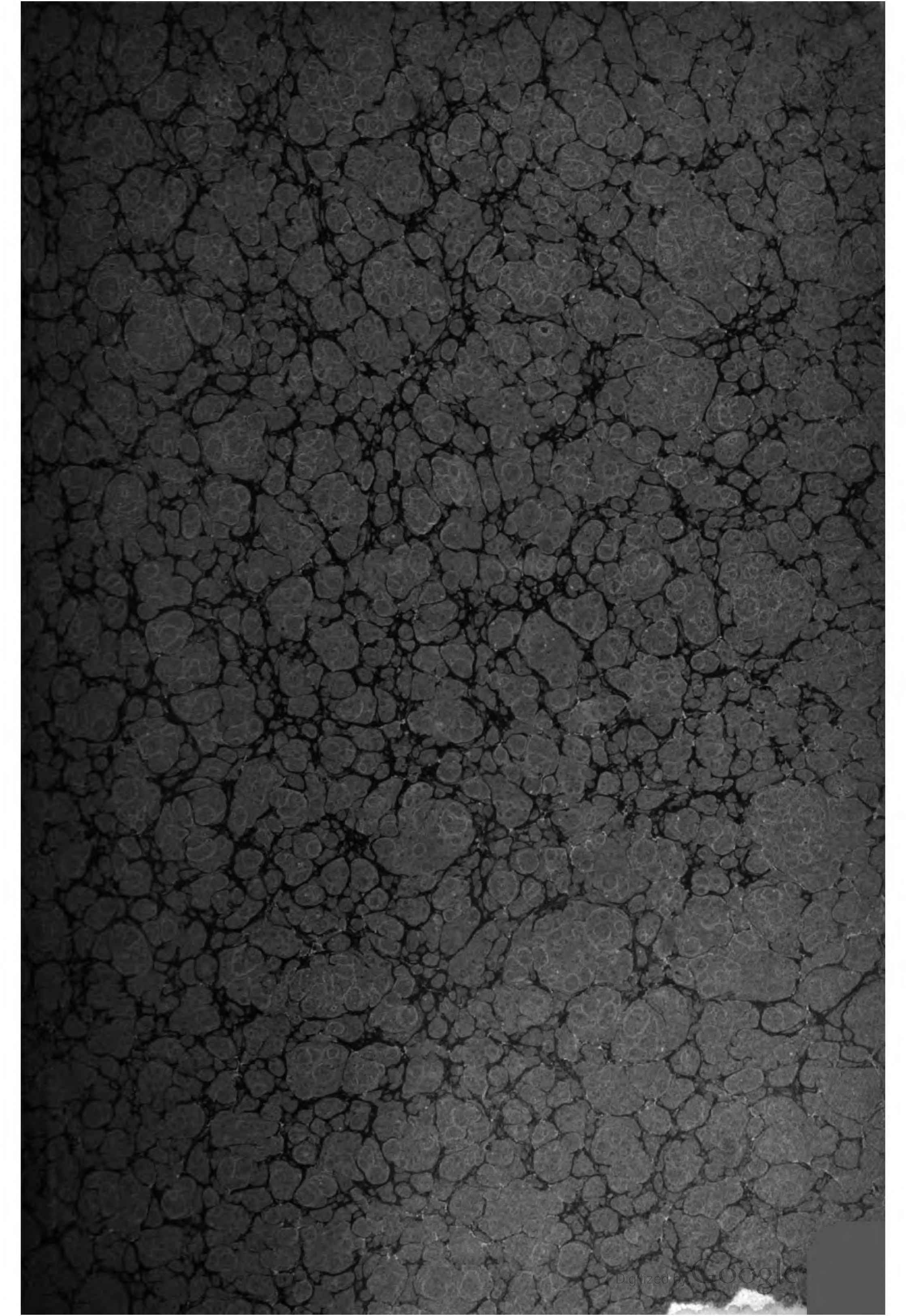

3 2044 061 758 900
Digitized by Google


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LES

DOCTRINES DÉMOCRATIQUES

CHEZ LES ÉCRIVAINS PROTESTANTS FRANÇAIS

DE LA SECONDE MOITIÉ DU XVI° SIÈCLE

(Junius BRUTUS. — François HOTMAN)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le 15 Juin 1900, à 3 h. 1/2 du soir

PAR

Henry LUREAU

LAURÉAT DE LA FACULTÉ



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

17 — RUE POQUELIN-MOLIÈRE — 17

(ANCIENNE RUE MONTMÉJAN)

1900

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MM. BAUDRY-LACANTINERIE, ✻, ✪ I., doyen, professeur de *Droit civil.*

SAIGNAT, ✻, ✪ I., assesseur du doyen, professeur de *Droit civil.*

BARCKHAUSEN, O. ✻, ✪ I., professeur de *Droit administratif.*

DE LOYNES, ✪ I., professeur de *Droit civil.*

VIGNEAUX, ✪ I., professeur d'*Histoire du droit.*

LE COQ, ✻, ✪ I., professeur de *Procédure civile.*

LEVILLAIN, ✪ I., professeur de *Droit commercial.*

MARANDOUT, ✪ I., professeur de *Droit criminel.*

DESPAGNET, ✪ I., professeur de *Droit international public.*

MONNIER, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DUGUIT, ✪ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif.*

DE BOECK, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DIDIER, ✪ I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle.*

CHÉNEAUX, professeur adjoint, chargé des cours de *Droit civil comparé* et de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, agrégé, chargé des cours de *Législation et Économie coloniales* et d'*Économie politique* (Doctorat).

BENZACAR, agrégé, chargé du cours d'*Economie politique* (Licence).

MM. SIGUIER, ✪ A., *secrétaire.*

PLATON, ✪ I., ancien élève de l'Ecole des Hautes Études, *sous-bibliothécaire.*

CAZADE, *commis au secrétariat.*

COMMISSION DE LA THESE

MM. DUGUIT, professeur, *président.*

VIGNEAUX, professeur, } *suffragants.*

DE BOECK, professeur. }

INTRODUCTION

COUP D'ŒIL GÉNÉRAL SUR LE XVIe SIÈCLE — LA RENAISSANCE ET LA RÉFORME

Le XVIe siècle est l'époque de la Renaissance et de la Réforme ; il est le commencement des temps modernes, siècle de luttes et de combats où les passions les plus contraires se donnent libre cours. Suivant l'expression de M. Paul Janet, « il a nourri de son génie impatient et démesuré les siècles suivants qui le méconnaissaient et le dédaignaient ».

On veut tout savoir, tout apprendre; on s'amuse et on dispute, mais il sortira bientôt de ce chaos, de cette confusion, des systèmes distincts, source féconde où viendront puiser les siècles suivants.

Deux papes, Jules II et Léon X, encouragèrent ce mouvement sans s'apercevoir que leur autorité allait bientôt subir le contre-coup de cet esprit de recherche et de critique.

Un des hommes d'Etat les plus distingués du XVIe siècle, le cardinal Pole, écrivait au pape Léon X qu'il était dangereux de rendre les hommes trop savants. La Renaissance fut l'occasion de la Réforme, puisque c'est à propos de la vente des indulgences dont le produit devait servir à l'achèvement de Saint-Pierre de Rome que naquit la querelle des Augustins et des Dominicains et la révolte de Luther; elle en fut surtout la cause en offrant aux esprits le spectacle des libres

entretiens de la sagesse antique sur la divinité comme sur toutes choses. Elle apprit bientôt à douter; l'esprit d'examen se porta sur tout; il voulut transformer les institutions religieuses et par une marche toute naturelle, il allait bientôt attaquer les institutions politiques. François I[er] pourra dire de la Réforme : « Cette nouveauté tend du tout au renversement de toute monarchie divine et humaine (¹). »

Si dans l'art et la littérature le XVI[e] siècle annonce le XVII[e], en politique et en philosophie nous y trouvons l'exposé des idées, l'affirmation des principes qui seront repris dans le cours du XVIII[e] siècle avec plus d'insistance et de méthode et triompheront à la Révolution de 1789. Le XVI[e] siècle est l'avant-garde du XVIII[e].

C'est de la politique que nous voulons nous occuper ici, ce sont les idées politiques représentées par la Réforme que nous nous proposons d'exposer, idées mises en lumière dans la seconde moitié du siècle par de véritables traités dogmatiques, par la satire, par le pamphlet.

Nous vivons, ne l'oublions pas, dans une époque de troubles et de discordes civiles; deux peuples dans la même nation, huit guerres civiles, deux rois assassinés, la féodalité que, depuis Philippe le Bel, nos rois ont peu à peu anéantie, cherchant à relever la tête, deux puissances étrangères prêtes à profiter de nos divisions, le Nord en lutte contre le Midi, tel est le spectacle que nous offre le siècle de Henri III et de Henri IV. Si, comme l'a dit Tacite, l'éloquence est la compagne du désordre et brille au milieu des troubles, quelle époque favorable pour elle que le XVI[e] siècle!

Il n'y a pas dans l'histoire des événements une période se suffisant à elle-même, mais une suite ininterrompue de faits

(¹) Labitte, *De la démocratie chez les prédicateurs de la Ligue*, p. 52.

se déterminant les uns les autres. Il en est de même dans l'histoire des idées. La Renaissance, qui voit refleurir avec tant d'éclat l'antiquité classique et les études de droit, n'a pas dépouillé complètement l'enveloppe du moyen âge. Dans les principes politiques que l'on proclame sous l'influence de la Réforme nous retrouvons des idées jadis chères à la scolastique, et Junius Brutus, dans un ouvrage que nous étudierons longuement au cours de ce travail, expose quelques-unes des théories politiques que saint Thomas et avant lui saint Augustin avaient répandues autour d'eux.

Junius Brutus, par certains côtés continuateur de saint Thomas, sera le précurseur de Jean-Jacques Rousseau dans la doctrine du *Contrat social*. Il y a évidemment de profondes différences entre ces écrivains politiques. Le sentiment religieux domine chez saint Thomas et chez Junius Brutus; pour ces deux penseurs, la vraie limitation de la souveraineté est plutôt d'ordre divin, Dieu préside à la formation du contrat originaire et sa loi s'impose à l'observation de tous. Rousseau prendra dans le moyen âge et au XVIe siècle l'idée du contrat et en déduira les conséquences jusqu'à leurs dernières limites, mais sans faire intervenir l'idée de la divinité. C'est là une des différences.

Le XVIe siècle est donc une intéressante période de transition, heureuse période disent les uns, néfaste affirment les autres. Tout devient objet de discussion : c'est la liberté ou l'anarchie. On repousse l'autorité sacrée de la tradition, la raison doit être le souverain guide (1). Un pouvoir jadis universellement respecté, placé au-dessus de toute atteinte, la Papauté, voit se lever contre lui des théologiens qui procla-

(1) Luther déclare lui-même à la diète de Worms (1521) « qu'il ne peut rien rétracter à moins d'être convaincu d'erreur par l'Ecriture sainte ou *par des raisons évidentes* ».

meront l'indépendance de la conscience et discuteront avec une extrême énergie les droits de la puissance des Papes.

La France n'acceptera pas le protestantisme, mais elle y puisera le principe du libre examen. Le mouvement ne s'arrêtera pas, en effet, à une discussion d'ordre purement théologique; la souveraineté, sous toutes ses formes, deviendra l'objet de querelles sans fin. On attaquera d'abord l'autorité religieuse représentée par le Pape, on discutera ensuite l'autorité politique personnifiée par le Prince; la théologie détermine ainsi la politique, la Réforme prépare la Révolution. On recherche l'origine de la souveraineté et des gouvernements, on discute l'étendue de cette souveraineté, on mesure les limites du devoir d'obéissance et du droit de résistance.

Il convient de rappeler que la renaissance des études de droit sera pour beaucoup dans ce mouvement. M. Villemain l'a dit avec infiniment de raison : « Tant de travaux divers » sur la science du droit devaient naturellement conduire à » la recherche des fondements de la société et tout y pous- » sait les esprits du XVI[e] siècle où les diverses formes de » gouvernement, l'hérédité, l'élection, la république aristo- » cratique, la démocratie, n'étaient pas seulement mises en » présence pour la spéculation et la controverse, mais se » heurtaient pour le combat (1). »

On apporte dans ces discussions l'ardeur qu'excite le fanatisme des opinions religieuses et nous voyons, suivant les circonstances diverses d'une lutte religieuse acharnée, les écrivains des partis opposés soutenir tour à tour ou combattre les mêmes doctrines. La démocratie passe des protestants aux catholiques et inversement, suivant les nécessités de leur cause.

(1) Villemain, *Tableau du XVIII[e] siècle* (1840), t. I, p. 391.



Original dans l'art et dans la littérature, le xvie siècle l'est bien davantage dans la théologie et dans la politique ; il réfléchit l'agitation d'une société en proie à toutes les idées ; il n'y faut pas chercher, suivant l'heureuse expression de M. Nisard, « l'impartialité d'une époque où l'esprit humain a fait un choix parmi les idées et s'y repose ».

LES

DOCTRINES DÉMOCRATIQUES

Chez les écrivains protestants français de la seconde moitié du XVI[e] siècle

(Junius Brutus. — François Hotman.)

CHAPITRE PREMIER

L'IDÉE DE SOUVERAINETÉ AU DÉBUT DES TEMPS MODERNES — LA MONARCHIE ABSOLUE ET LES PRÉCURSEURS DES DÉMOCRATES

Il est bon, au début de cette étude, de dire un mot de la situation politique de la France à l'époque où nous nous plaçons, de la notion de l'Etat telle qu'elle est conçue dans les Parlements et les Etats Généraux, chez les légistes et les écrivains. On comprendra alors plus aisément les théories démocratiques dont nous trouverons l'expression dans Junius Brutus et dans Hotman.

On peut dire que la seconde moitié du xv[e] siècle et la première du xvi[e] sont une de ces époques où l'humanité s'engage dans des voies nouvelles.

C'est, à vrai dire, la fin du moyen âge et de l'époque féo-

dale. Charles VIII a passé les Alpes; désormais les guerres n'auront plus lieu à l'intérieur du territoire, elles se feront au delà des frontières.

La notion contractuelle de l'Etat, telle qu'elle a dominé à partir du IXe siècle et pendant tout le moyen âge, disparaît peu à peu. Mais ce sont les éléments féodaux qui vont servir à la reconstitution de l'autorité politique.

Un des caractères essentiels du régime féodal, c'est que l'autorité politique est considérée comme une propriété. Pour pouvoir exercer l'autorité, il faut être propriétaire. On considère bien vite la puissance de commander comme la propriété absolue de l'homme appelé roi ou prince.

La constitution du pouvoir absolu est due surtout à l'influence des jurisconsultes et des légistes de la couronne. Les écrivains du XIIIe et du XIVe siècle font, en toutes circonstances, appel à l'idée de l'intérêt public et ils identifient cet intérêt avec la personne du roi; il ne peut être défendu que par le roi lui-même. Durand de Mende déclare que « tous les » hommes du fief doivent se rendre à l'appel du roi qui les » convoque pour la défense commune, *alors même que leurs » seigneurs directs les auraient convoqués pour une guerre » privée* » [1].

Philippe de Beaumanoir considère que le prince est la garantie de la paix publique, et que toute attaque dirigée contre lui porte atteinte à la paix publique.

Les principes du droit féodal, nous l'avons dit, avaient servi, dans une large mesure, à établir cette autorité ; le droit romain aida puissamment à la justifier. Avec la Renaissance, se dessine un mouvement considérable vers les études de droit romain. On considère le droit romain comme la vérité

[1] *Speculum de feudis*, p. 29.

absolue. Mais les légistes et les écrivains ne l'étudient pas toujours dans un but désintéressé ; ils veulent y trouver des arguments en faveur des solutions juridiques que semblent leur imposer les besoins de leur temps.

Or, évidemment, la monarchie romaine apparaît comme absolue et administrative ; le prince fait la loi, lève des armées, perçoit l'impôt, rend la justice, frappe la monnaie. Il domine jusqu'à l'Eglise. Il n'a d'autre loi que cette règle : « *Quidquid principi placuit legis habet vigorem.* » Pourquoi, pensent les légistes, puisque le droit romain constitue une autorité indiscutable, la monarchie française ne serait-elle pas formée sur le modèle de l'empire romain?

Mais des objections se présentent qui donnent lieu à des controverses sans fin. On arrive à affirmer cette maxime qui devient courante dès la fin du XIIIe siècle : « Le roi de France ne tient son pouvoir que de Dieu et de son épée. »

Quand les principes du droit féodal ne paraissent pas suffisants pour établir l'autorité royale telle qu'ils la veulent, les légistes les dénaturent. C'est ainsi qu'ils arrivent souvent à permettre au roi de passer par dessus la tête du seigneur et d'atteindre directement les vassaux du seigneur.

Par exemple, en matière d'impôt. D'après la conception romaine, la levée de l'impôt est considérée comme un attribut essentiel de la souveraineté ; dans la conception féodale, il n'en est pas ainsi : il y a des impôts ou plutôt des redevances, mais elles se justifient et s'expliquent par le contrat librement consenti entre le suzerain et le vassal.

Par conséquent, le roi, qui n'est qu'un seigneur suzerain, n'a le droit de demander l'impôt qu'à ses vassaux directs. Quand le roi usait de ce droit, ses vassaux pouvaient à leur tour réclamer des aides à leurs propres vassaux. On voit de suite le parti que les légistes vont tirer de cette situation.

Ils reconnaîtront bien vite au roi le droit de percevoir l'impôt sur les vassaux de ses vassaux « pour éviter un détour ». Et, peu à peu, la plupart des redevances féodales se transformeront en impôts royaux. Le roi lèvera donc les impôts, mais on devra ajouter qu'il ne peut le faire qu'avec le consentement de la nation. C'est une conséquence de l'origine de son droit.

En ce qui concerne la justice, les légistes diront que le roi, étant chargé d'assurer la paix publique, doit rendre justice à tous. Ses vassaux directs ou indirects deviennent justiciables de son autorité. Aussi peu à peu se répandent et se généralisent ces maximes qui résument mieux que tous les exemples la situation politique de l'époque : « Toute justice émane du roi » ; « si veut le roi, si veut la loi » ; « au roi seul il appartient de prendre tribut sur les autres », etc., etc.

Les légistes, dont l'influence se fait si puissamment sentir, iront même jusqu'à vouloir retrouver dans la souveraineté les éléments du droit de propriété, suivant la notion romaine, et la théorie du pouvoir absolu va se constituer : « Le roi est parfaitement seigneur et ayant en perfection la propriété de toute puissance publique. »

L'expression de souveraineté ne sera employée définitivement qu'au XVIe siècle pour désigner les pouvoirs du roi.

Ainsi, la royauté, si faible au moyen âge, se débarrasse, à notre époque, de ses entraves et marche rapidement vers le pouvoir absolu. L'autonomie féodale disparaît pour faire place à un pouvoir central fort et puissant ; il y aura encore dans le pays des classes et des ordres, mais non plus des Etats, et un seul chef gouvernera : le roi. Au XIe siècle, beaucoup ignoraient jusqu'à l'existence même du roi, *Deo regnante;* dans quelques années, Louis XIV pourra dire : « L'Etat, c'est moi », et ce sera la vérité.

Nous croyons utile de combattre ici, puisque nous en trouvons l'occasion, cette opinion généralement admise que ce qui caractérise essentiellement l'ancien régime, c'est l'idée du pouvoir absolu.

A vrai dire, la monarchie absolue des deux derniers siècles ne nous donne pas la notion de la monarchie française telle qu'il faut la comprendre. L'éclat incomparable de la royauté sous François Ier, Louis XII, Henri IV, Louis XIV a pu favoriser les prétentions des légistes et l'application de leurs théories. Mais ils ne créaient pas un état de longue durée, car la monarchie perdait son véritable caractère. Aussi, une révolution ne devait pas tarder à éclater, d'autant plus violente qu'elle avait été plus longtemps reculée. Elle dépassa même le but qu'elle s'était proposé, puisqu'au lieu de restituer à la monarchie sa nature propre, elle allait supprimer complètement la souveraineté royale et lui substituer une souveraineté bien plus dangereuse encore, la souveraineté populaire, du moins lorsqu'elle n'est pas limitée et réglementée.

Mais les événements politiques dont je viens de retracer l'histoire à grandes lignes, ne s'étaient pas produits, on le comprend, sans qu'ils eussent fait jaillir dans l'esprit des penseurs des idées pleines d'intérêt et souvent originales. La notion de l'Etat ne se modifiait pas, le pouvoir absolu ne se constituait pas, sans que ces changements rencontrassent des partisans et des adversaires. Et, on le comprendra, la Réforme avec, à sa suite, les guerres religieuses, devait accentuer la lutte, accroître les rivalités.

C'est surtout dans les réunions des États Généraux que se firent jour les idées que nous verrons plus tard développées dans de véritables traités dogmatiques.

Dès 1355, nous sommes en présence d'une assemblée que la pression populaire surexcite sans doute, mais qui a réelle-

ment le sentiment de sa souveraineté et l'ambition d'établir son contrôle en permanence. Du reste, cette assemblée précède, dans sa manière d'agir, les assemblées qui se réuniront plus tard ; suivant la mode française, elle entreprend une réforme constitutionnelle avec la fièvre de l'esprit factieux, avec l'audace d'une révolution.

Nous aurons suffisamment fait connaître l'état d'esprit de cette assemblée quand nous aurons cité ces paroles de Robert le Coq, évêque de Laon, une sorte de Retz du xiv[e] siècle. Au nom du peuple, il demande que « les officiers du roy soient tous destitués. » « Trop de méchefs sont advenus de leur fait au royaume de France et le peuple ne veut plus souffrir ces choses. » Il continue « son sermon et preschement » en attaquant à mots couverts le roi et le dauphin, duc de Normandie, en insinuant que les États ont bien le droit d'ôter et de transférer la couronne; enfin, par manière de péroraison, il propose aux députés comme un serment du Jeu de Paume et leur fait jurer « d'estre tous unis et alliés ensemble » (¹), ligués et confédérés contre la royauté.

Pendant la minorité de Charles VI et alors que l'émeute des Maillotins sévit violemment, le chancelier de France, Miles de Dormans, évêque de Beauvais, prononça devant les émeutiers un discours d'apaisement, mais où il allait jusqu'à reconnaître le principe de la souveraineté nationale. Ce passage a sa place ici : « Oui, les rois auraient beau le nier cent » fois, le suffrage populaire est le fondement de la monar- » chie, *reges regnant suffragio populorum*. Ni le roi ni ses » conseillers ne pourraient faire un peuple, mais un peuple » ferait bien un roi (²). »

(¹) Douët d'Arcq, « Acte d'accusation contre Robert le Coq », *Biblioth. de l'Ecole des Chartes* (1840-41), p. 358-387.

(²) Perrens, *la Démocratie au moyen âge* (1873), II, p. 52.

L'Université était une puissance au XIV[e] et au XV[e] siècle. Elle bénéficiait des divisions de la royauté et du Saint-Siège. Le principe électif était à la base de l'institution; les privilèges de ce grand corps, la jeunesse de ses membres, tout cela le poussait vers les revendications violentes, avec l'espoir de les conduire.

« Qui oserait, disait Gerson, nous dénier le droit de repré-
» senter le royaume dans l'assemblée des Etats ? L'Univer-
» sité, c'est plus qu'un peuple, c'est un monde. *Universitas*
» *representatne totum mundum? Immo vero totum mun-*
» *dum* (¹). »

A cette époque, comme cela se produira de nouveau plus tard, nous voyons la fusion de la rue et de l'école, les docteurs de la Sorbonne mêlés aux agitateurs qui soulèvent les Ecorcheurs et les Maillotins.

La tribune de l'Université est partout, sur la place publique, au Louvre et au palais, dans l'assemblée des Etats, dans la chaire chrétienne, dans les conseils du Gouvernement.

Trois docteurs se signalèrent plus particulièrement par leurs fougueuses invectives, dans les Etats Généraux de 1413, convoqués à Paris, au château Saint-Paul. Ce sont Benoît Gentien, moine de Saint-Denis, professeur de théologie; Eustache de Pavilly, carme du couvent de la place Maubert, et l'abbé du Moutier Saint-Jean, de la province de Lyon.

A tour de rôle, ils prenaient à partie les courtisans, « les officiers à gros gages, ces cumulards du régime gothique »; ils vouaient au carcan et au pilori les gens de finance, « ces mangeurs de peuple ». Leurs sanglantes apostrophes bravaient tous les pouvoirs.

(¹) Proposition intitulée : « *Vivat rex!* » *Œuvres de Gerson*, IV, p. 583-590, édit. Dupin.

Cependant, il y avait parmi les bourgeois de Paris quelques esprits sages, avides de calme, et qui supportaient mal ces docteurs travestis en factieux. Ils se moquaient de ces ridicules descentes de la montagne Sainte-Geneviève sur la place publique. « Voilà, disaient-ils, de plaisants personnages » et de singuliers hommes d'Etat ! Quelle pitié que des liseurs » de livres habitués à régenter des écoliers, à gloser sur » l'Ecriture et sur Aristote, osent prendre en main le gouver- » nement du royaume, *gubernacula audeant moderari !* Tous » leurs discours sont des fadaises ; ils ne s'entendent ni à la » paix, ni à la guerre, ni aux finances ; autant en emporte le » vent ! qu'ils retournent à leurs études et que chacun fasse » son métier ! »

N'y a-t-il pas là une première apparition de la satire Ménippée ?

Au xv[e] siècle, le grand souci des Etats sera d'empêcher la transformation de la monarchie française en despotisme. Les débats de ces assemblées devinrent plus longs et plus approfondis. On discute des questions d'un intérêt permanent et qui touchent à l'organisation même de l'Etat ; ces discussions nous ont été conservées, elles présentent le plus haut intérêt au point de vue qui nous occupe.

Masselin, chef de la députation de Normandie, nous a conservé le journal de l'assemblée de 1484.

Un homme d'un caractère et d'un talent supérieurs traçait, au déclin du moyen âge, à la tribune politique, la théorie d'une royauté démocratique. Admirateurs de son éloquence, les contemporains de Philippe Pot disaient de lui : « C'est la bouche de Cicéron. »

Selon le député bourguignon, la royauté est une fonction et non un patrimoine : *regnum dignitas est, non hereditas.* Dans le peuple réside la souveraineté, il la délègue au roi,

mais, pendant l'interrègne des minorités royales, la souveraineté retourne à la nation et aux Etats, ses mandataires.

« Comme l'histoire le déclare et comme je l'ai appris de » mes pères, dans l'origine, le peuple souverain créa les rois » par son suffrage, *suffragio populi rerum domini reges fuisse* » *creatos,* il éleva à l'empire les plus vertueux et les plus » habiles. Dans le choix de ses gouvernants, *eligendo recto-* » *res,* le peuple ne consultait que sa propre utilité. Le roi » est fait pour le peuple et non le peuple pour le roi. S'il en » est parfois autrement, c'est que le prince, au lieu d'être un » bon berger, est un loup qui mange son troupeau. N'avez- » vous pas lu, bien souvent, que l'Etat est la chose du » peuple, *rem publicam, rem populi esse?* Puisque l'Etat » appartient au peuple, pourquoi celui-ci négligerait-il son » bien? *quod si res ejus sit, quomodo rem suam negliget aut* » *non curabit?* Comment se fait-il que des courtisans osent » attribuer au prince, qui n'existe en partie que par le peuple, » la souveraineté que le peuple lui a confiée?

» Convenons donc avant tout, mes seigneurs, que l'Etat » est la chose du peuple, qu'il l'a confiée aux rois et que ceux » qui l'ont eue par force ou autrement, sans le consentement » du peuple, sont réputés tyrans ou usurpateurs, *eosque* » *qui vi, nullo populi consensu eam habuere, tyrannos creditos* » *et alienæ rei usurpatores.* Lorsque le roi ne peut gouverner » par lui-même, la chose publique retourne au peuple, dona- » teur de cette chose, *hujus rei donatorem,* qui la reprend à » titre de maître, *velut suam,* d'autant plus que les maux » causés par la vacance du gouvernement retombent toujours » sur lui et sur lui seul... Pourquoi donc hésiter?... Rien » n'acquiert de force, selon moi, qu'après la sanction des » Etats; aucune institution n'est légitime ni solide, si elle

» s'élève malgré les Etats ou sans leur consentement, *nec ali-*
» *quid sancte solideque subsistere potest quid fit invitis vel*
» *inconsultis statibus* ([1]). »

Masselin combattait lui-même les théoriciens du pouvoir absolu. « Votre peuple, disait-il au roi, est le véritable maître » des biens qu'il possède ; on ne peut les lui enlever en tout » ou partie s'il n'y consent pas. » Il demandait à ce moment une réduction de la taxe. En la votant, réduite à 1.500.000 livres, les trois ordres avaient stipulé qu'elle ne serait exigible que pendant deux ans ; passé ce terme, la nation devait être consultée à nouveau. C'était poser le principe de la périodicité des Etats et d'un gouvernement populaire.

Voilà ce qu'on pensait et ce qu'on disait aux Etats Généraux, même avant le XVIe siècle. Cette ardeur, cette audace des idées de réforme sera surexcitée bientôt par les guerres religieuses qui vont ajouter leurs ferments de discorde aux passions ordinaires de la politique. Aussi la période que nous allons maintenant étudier est-elle la plus féconde de l'histoire entière des Etats.

L'IDÉE DÉMOCRATIQUE AUX ÉTATS GÉNÉRAUX DU XVIe SIÈCLE

On voit combien il est intéressant d'étudier l'histoire des Etats Généraux si l'on veut se faire une idée à la fois de la situation politique du pays à l'époque de leur réunion et de l'état des esprits discutant le grave sujet de la souveraineté.

On trouve en effet dans cette étude, *la pratique,* qu'il est bon de connaître avant d'aborder la théorie que nous étudierons plus loin.

Déjà, au XIVe et au XVe siècle, on parle en termes énergiques

([1]) Ces discours ont été traduits en latin par Masselin, *Journal de Masselin,* p. 147 à 151.

des droits des représentants de la nation et des limites de la souveraineté royale.

Pendant quatre-vingts ans à dater des Etats tenus à Paris, on peut dire qu'il n'y a pas de nouvelle réunion ; il faut attendre le règne de Charles IX. Nous passons à dessein sous silence les deux assemblées de 1506 et de 1557 qui sont peu importantes (1).

La Réforme est venue et a modifié la face du monde. Nous sommes en 1560, au lendemain de la conjuration d'Amboise, à la veille des massacres de Vassy, à la période des guerres de religion.

Les élections générales furent l'occasion d'affirmations très avancées. C'est sur la place publique même que l'on dénonce les « dix plaies d'Egypte » et que l'on préconise en termes violents une transformation de l'état politique (2). A Blois, le protestant Jean Bazin, procureur du roi, à la suite d'un discours de cette nature, échappa difficilement à la colère des Guises.

A Angers, un autre protestant, François Grimaudet, avocat du roi, fit au peuple un discours que la Sorbonne censura. Il flagelle d'une main rude les scandales et examine tous les ordres de l'Etat ; il oppose à l'audace des grands coupables impunis la patience des petits « qui sont sans macule ». L'orateur mettait cependant hors de cause l'autorité royale, il ne parlait du roi qu'avec respect, il proclamait « l'excellence » du gouvernement royal « dont l'âme est le Prince, vraye image de Dieu » (3).

(1) L'Assemblée de 1506 ne fut qu'un conseil de famille tenu par Louis XII, sur le mariage projeté de Claude de France avec François de Valois (François Ier).

L'assemblée de 1557 fut une sorte de réunion des notables convoqués par Henri II pour aviser aux moyens de combler le déficit du trésor royal.

(2) *L'Estat de France* (1560), p. 56-60, t. II.

(3) *Id.*, p. 60-78, t. II.

Grâce à la politique tolérante du chancelier de l'Hospital, les Etats de 1560 furent relativement calmes.

Le style des discours de l'Hospital, qui nous ont été conservés (¹), est dégagé des formes pédantesques qui caractérisent presque tous les discours de l'époque. L'Hospital eut en même temps le sentiment de la grande éloquence et l'idée de la grande politique. « Je vous en prie, Messieurs, les affai-
» res du Roi ne souffrent pas de retard, ne dites rien qui ne
» soit à propos et taschez plutôt à bien dire que longuement
» et avec ornement (²). »

L'Hospital ne cherche pas de désunion, comme beaucoup de protestants de l'époque, il veut au contraire la paix et la réconciliation. Il faut, selon lui, établir sur une base solide des principes qu'il considère comme supérieurs. Au roi, il conseille de maintenir la tradition des assemblées nationales et de repousser les conseils dangereux des partisans du pouvoir absolu. « Qu'on ne dise pas que les assemblées sont à
» craindre et doivent être suspectes! Oui, elles le sont aux
» tyrans mais non aux princes légitimes comme est le nostre.
» Combien de misères, de violences, d'injustices, se font aux
» peuples et resteraient cachées aux roys qu'ils peuvent ouïr
» et entendre, tenant les Estats! La façon de ne pas commu-
» niquer avec son peuple est barbare et monstrueuse. Ceulx
» qui tiennent l'opinion contraire parlent plus pour eux que
» pour le prince, ce sont gens qui veulent seuls gouverner et
» qui craignent que leurs faicts soient connus par d'autres (³). »

Commines, avant l'Hospital, avait professé ces idées sages, et nous avons vu aussi Philippe Pot les défendre éloquemment aux Etats Généraux de 1484.

(¹) *Œuvres de Michel de l'Hospital* (1824), I, p. 453.
(²) *Ibid.*, I, 381, 384.
(³) *Ibid.*, I, p. 381-384.

S'adressant aux sujets, l'Hospital leur demande de réprimer cette humeur ambitieuse qui met le trouble dans le royaume. Que chacun se tienne à sa place; toute condition est respectable. Du reste, « nulle porte d'honneur n'est close au » Tiers-Etat; il peut venir aux premières charges de l'Église et » de la justice et par faicts d'armes acquérir noblesse... » [1].

Quant à la question de religion qui trouble et divise, il l'envisage de la façon suivante. Quoique de religion différente, on peut être citoyens de la même patrie et le rôle de l'Etat sera d'assurer le respect de toutes les religions en protégeant également tous les citoyens. C'est là la conception moderne de l'Etat laïque. « Il ne s'agit pas de régler la foy mais de » régler l'Estat; plusieurs peuvent estre citoyens qui ne sont » pas chrestiens, mesme l'excommunié ne laisse pas d'être » citoyen [2] ». Il faut que toutes les religions obéissent à la loi du prince : « comme citoyens d'un mesme pays, nous » formons une seule et vaste famille ».

A signaler parmi les discours de ces Etats de 1560 le discours de Jean Quintin, docteur de Sorbonne, orateur du clergé, qui insista à diverses reprises sur le caractère « républicain » de la monarchie française : « Nostre royaulme, dit-» il, est certes monarchie, mais tenant et participant de » république, soit aristocratique, soit démocratique [3]. »

Aux Etats Généraux de 1576, une harangue de Henri III mérite de retenir notre attention; elle montre en effet quels étaient, même à cette époque, les sentiments de la royauté qui bien volontiers associait le pays à son gouvernement.

Le roi ouvrit en personne les premiers Etats de Blois, le 6 décembre 1576.

[1] *Œuvres*, I, p. 393 394.
[2] *Id.*, I, p. 452-453.
[3] Mayer, *Etats Généraux*, t. X, p. 407, 441.

Il déclare qu'il aimerait mieux perdre la vie à la fleur de son âge que de rester spectateur impuissant de la désolation du royaume, et il demande à l'assemblée de s'unir à lui pour le salut de la patrie.

« ..... Je vous prie et conjure, par la foi et loyauté que » vous me devez, par l'affection que vous me portez, par » l'amour et la charité que vous avez envers votre patrie, au » nom de votre salut, de celui de vos femmes, de vos enfants, » de votre postérité, laissant toutes les passions arrière, » veuillez tous, en cette assemblée de cœur et de volonté » unis, mettre avec moi la main à l'œuvre et m'aider à réta- » blir le royaume en sa bonne santé et vigueur anciennes (1). »

Le roi demande enfin aux députés de jurer avec lui fidélité « aux lois fondamentales du royaume ».

A la suite de l'assassinat du duc de Guise et de l'enlèvement de cinq députés saisis par un coup de force en pleine séance, Etienne Bernard, député de Dijon, prononça devant le roi un discours mesuré mais net et franc où il défendait courageusement les droits de l'Assemblée :

« Non, Sire, dit-il, nous ne sommes pas des factieux, ni des » rebelles, nous publions haut et clair notre attachement à » votre pouvoir, mais nos remontrances, pour être profitables » au public et à votre service, ne doivent pas être fardées ou » déguisées de quelque langage affecté. » Et il combattait avec vigueur l'idée d'établir de nouveaux impôts. « Sire, » disait-il, l'amour du peuple est le fondement du royaume » et la sûreté de votre sceptre (2). »

(1) Mayer, t. XIII, p. 175-178.

(2) Mayer, XIV, p. 490-498, 501-510. — Sur ces harangues, voir : *Mémoires de la Ligue*, IV, p. 34-36 ; VI, p. 364. — *Chronologie septennaire de Palma Cayet*, VIII, p. 746. — *Lettres missives de Henri IV* (1562-1584). — Poirson, *Histoire du règne de Henri IV*, I, p. 309-322 ; II, 2e p., p. 725. — Picot, *les Etats généraux*, III, p. 263.

Il est donc souvent question, dans les réunions des Etats Généraux de la fin du xve siècle et de tout le xvie siècle, de lois fondamentales, lois supérieures aux lois du roi, détenteur ordinaire de la puissance publique.

Quelles sont les limitations que ces lois fondamentales doivent apporter au pouvoir législatif du roi? Nous en connaissons déjà une, l'impossibilité de lever de nouveaux impôts sans le consentement des Etats. Sur deux autres points, les droits du roi vont être considérés comme limités par des lois supérieures. On va chercher à limiter les droits du roi dans l'exercice de la fonction législative générale proprement dite et les Etats Généraux vont même revendiquer le droit de disposer de la couronne pour le cas d'absence d'héritier direct.

Depuis le xive siècle, les Etats Généraux ont, en réalité, participé à la fonction législative puisqu'ils formulaient des doléances que le roi consacrait législativement. Mais ces doléances n'ont pas force de loi et le roi peut n'en pas tenir compte.

Ajoutons cependant, qu'en fait, le roi écoutait les demandes des Etats (ordonnances de 1494 et 1498, de 1560, 1579, 1629 ou code Michaud, après les Etats de 1614).

Aux Etats de Blois de 1576 et 1588, la limitation du pouvoir législatif du roi est nettement affirmée. En 1576, on demande formellement que les décisions des Etats aient force de loi par elles-mêmes : « Ce qui sera observé suivant » l'avis des Etats sera inviolablement observé sans être sujet » à retranchement ou limitation quelconque. » D'après M. Picot, auteur d'un très important ouvrage sur les Etats Généraux, on aurait, en 1576, très nettement distingué deux sortes de lois : d'une part, les lois du roi pouvant être modifiées ou révoquées par le roi lui-même et même par les cours

souveraines; d'autre part, les lois du royaume qui, faites du consentement des trois Etats, ne pouvaient être modifiées que de leur consentement et, par conséquent, s'imposaient au roi lui-même et aux cours souveraines. On trouve là, exactement, la distinction moderne des lois constitutionnelles et des lois ordinaires (1).

En effet, quand, avec la Révolution, on arrivera à décider que le détenteur du pouvoir législatif ordinaire, ce n'est plus le roi, mais que ce sont les représentants de la nation, pour maintenir la distinction des lois, on s'occupera de limiter cette fois le pouvoir des représentants de la nation par des lois qui leur seront supérieures.

A-t-on admis que les Etats Généraux pouvaient disposer de la couronne au cas d'absence d'héritier direct et, par conséquent, réglementer l'hérédité royale? Si l'on est allé jusque là, on a reconnu que le pouvoir royal n'est, au fond, qu'un pouvoir dérivé des Etats, que le pouvoir des Etats lui est antérieur et supérieur; et l'on a par là même proclamé la distinction moderne du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. C'est le droit que revendiquera le Sénat en 1814, quand il appellera au trône le frère de Louis XVI avec le titre significatif de roi des Français, titre que Louis XVIII s'empressa du reste de refuser.

On a eu cette idée au XVIe siècle, imparfaitement, il est vrai. A diverses reprises on a affirmé cette opinion que le droit des Etats Généraux est antérieur à celui du roi. Nous allons voir un peu plus loin le Parlement revendiquer pour lui-même la garde des lois du royaume en face des Etats de la Ligue qui sont sur le point de transférer la couronne à un prince d'Espagne. François Hotman surtout se fera, dans un

(1) Picot, *Histoire des Etats Généraux*, III, p. 99.

traité théorique, le défenseur de cette idée de la royauté postérieure et subordonnée aux Etats Généraux.

Philippe Pot, nous le savons, a déjà défendu ces principes aux Etats de 1484 au moment de la régence de Charles VIII.

En 1593, la France, troublée par les conspirations, faillit se jeter dans les bras de l'Espagne. Une révolte patriotique se produisit contre cette pensée de la Ligue. Le 20 juin, une décision des Etats donnait la couronne à l'infante et à son futur époux. Mais les députés de Paris n'acceptèrent pas cette décision et se rendirent, du Vair en tête, au sein du Parlement. Toutes les Chambres étaient réunies pour la circonstance ; il s'agissait de délibérer sur l'existence même de la nation. C'est là que le conseiller du Vair prononça un magnifique discours égalant les plus belles inspirations de l'éloquence grecque ou romaine. Il revendiquait, comme député, les droits de la nation, en conformité de la loi salique, loi fondamentale du royaume.

« Réveillez-vous donc, Messieurs, et déployez aujourd'hui » l'autorité des lois dont vous estes gardiens, car, si ce mal » peut recevoir quelque remède, vous seuls l'y pouvez apporter. Quand nous aurions oublié qui nous sommes, quand » les vestements que nous portons, les tapis sur lesquels » nous siégeons, ne nous rappelleraient point que *nous sommes les dépositaires des lois et des droits de la couronne,* si » est-ce que le langage que nous parlons doit nous faire » souvenir que nous sommes Français. C'est à la loi salique » que l'on en veut, c'est contre elle que l'on a vu déclamer » don Inigo de Mendose et les prédicateurs tempester en leurs » chaires, et, néanmoins, c'est celle-là qui nous a garantis de » la tyrannie des Anglois et les a extirpés des entrailles de la » France où les guerres civiles les avoient fourrés. Bref, c'est » elle qui maintient toutes les autres, qui est l'appuy de nos

» fortunes, la sûreté de nostre repos, l'ornement et la gran-
» deur de l'Estat ([1]). »

Du Vair écrivit encore, sous forme oratoire, une « *Défense de la loi salique* » publiée à l'ouverture des Etats de la Ligue en réponse aux attaques de la Sorbonne et des Universités espagnoles.

Les Etats Généraux ne se réuniront plus qu'en 1614. Mais, dès la seconde moitié du XVIe siècle, les Parlements vont jouer un rôle politique important. Le droit de remontrance, qui leur était reconnu dès le XIVe siècle par des ordonnances royales, leur fournit le moyen de donner à leur opposition un caractère juridique ; de plus, ils prenaient de la force dans l'institution de l'inamovibilité.

C'est au temps de la Ligue que cette règle s'établit, que les édits royaux, pour avoir force de loi, devaient être, au préalable, vérifiés et enregistrés au greffe de la Grand Chambre, Le Parlement allait bientôt s'attribuer le droit de les suspendre, de les modifier et de les refuser. Les Etats de Blois déclaraient eux-mêmes, dans une instruction rédigée en 1577, pour les ambassadeurs envoyés au roi de Navarre, que « les » cours de justice étaient une forme des trois Etats raccourcis » au petit pied » ([2]), ce qui faisait dire au diplomate autrichien Busbeck, en 1584 : « En France, les Parlements sont rois ou peu s'en faut, à l'égal du Roi. »

Henri IV lutta contre cette tendance des Parlements qu'il jugeait dangereuse pour le pays et pour la monarchie. Il dit un jour aux membres du Parlement de Paris : « J'ay relevé » la France malgré ceux qui l'ont voulu ruiner. J'ai remis les » uns d'entre vous en leurs maisons d'où la Ligue les avait » chassés et les autres en l'autorité qu'ils n'avaient plus. Si

([1]) *Œuvres de du Vair*, édit. de 1617, p. 61-64.
([2]) *Mémoires de Nevers* (1660), I, p. 449.

» l'obéissance était due à mes prédécesseurs, il est dû d'au-
» tant plus de dévotion à moi qui ay restabli l'Estat. »

Il leur dit bien : « Donnez à mes prières ce que vous ne » voudriez donner aux menaces », mais il ajoute de ce ton qui ne souffre pas de réplique et qui fait tomber toutes les chaleurs d'opposition : « J'ay autrefois fait le soldat, je suis » roy maintenant, et parle en roy; je veux estre obéi. Je » couperai la racine à toutes les factions... J'ay sauté sur des » murailles de villes, je sauterai bien sur des barricades. »

On sait que l'ambition des Parlements ne devait pas s'arrêter et que, cinquante ans plus tard, ils allaient aspirer à remplacer l'institution même des assemblées nationales, et si par hasard il était question de les réunir, ils émettaient la prétention de soumettre leurs décisions à leur contrôle et à la formalité de l'enregistrement. C'est ainsi, du reste, que peu à peu les Parlements perdent leur véritable caractère, se mettent en lutte contre la royauté sans s'attirer les faveurs de l'opinion publique et deviennent insupportables et impopulaires.

CHAPITRE II

LES PREMIERS ÉCRIVAINS DE LA RÉFORME — LA SAINT-BARTHÉLEMY ET LA TRANSFORMATION DES IDÉES

On aurait grand tort de croire que les idées démocratiques, pour se faire jour, avaient nécessairement besoin du mouvement créé par la Réforme. Nous avons vu, dans le chapitre précédent, que, bien avant Luther et Calvin, dans les réunions des Etats généraux, notamment en 1555, le principe de la limitation de la souveraineté royale avait été très énergiquement affirmé. Nous verrons aussi, au cours de cette étude, que maintes fois les protestants du XVI[e] siècle empruntèrent leurs arguments aux écrivains catholiques des âges précédents.

« Il suffit, écrit Labitte, d'ouvrir les traités politiques des
» calvinistes et des ligueurs pour voir que les souvenirs (des
» siècles précédents) n'étaient pas effacés, pour voir que les
» idées de garantie et d'indépendance et surtout les idées
» démocratiques éparses à travers le moyen âge avaient laissé
» trace dans la mémoire des peuples, pour voir enfin que
» les pamphlétaires du XVI[e] siècle ne cherchaient nullement
» à faire scission avec le passé. Dès qu'il s'agit de justifier le
» régicide, dès qu'il fallut attaquer la monarchie, on chercha
» au contraire des antécédents, des autorités (1). »

Très souvent, les publicistes du XVI[e] siècle citent saint

(1) Labitte, *De la démocratie chez les prédicateurs de la Ligue*, introduction, § 3, p. 43.

Thomas pour le couvrir d'éloges. On cite aussi saint Bonaventure, Gille de Rome, Bartole, chez lesquels on croit trouver des défenseurs des idées démocratiques. On étudie l'histoire de France pour l'adapter à la démocratie; on invoque les anciennes formules qui sont de nature à attester les droits du peuple, la cérémonie du sacre, les cris du peuple *Volumus! volumus!*

La Réforme fut un mouvement d'émancipation religieuse, une révolte contre l'autorité dogmatique du Saint-Siège. On serait porté à voir en elle un mouvement d'émancipation politique, une défense des idées démocratiques. Il n'en est rien, à l'origine tout au moins.

Assurément, le principe du libre examen ne devait pas se limiter aux questions religieuses. Le dogme, sous toutes ses formes, politique ou religieuse, devait forcément attirer l'attention des réformistes, provoquer leur examen, recevoir leurs attaques. Cependant, une longue période s'écoulera, pendant laquelle les protestants les plus célèbres soutiendront les droits du pouvoir absolu. Chateaubriand a pu dire avec raison que la Réforme était d'origine princière et patricienne.

Sans doute, nous trouverons chez Junius Brutus et François Hotman d'ardents adversaires des idées absolutistes, mais il ne faut pas considérer ces deux polémistes comme résumant la doctrine politique des protestants. Les idées démocratiques ont été, à diverses reprises, défendues avec non moins d'ardeur, nous aurons l'occasion de le démontrer, par des écrivains catholiques. Il suffit de rappeler, parmi les plus célèbres, le curé Boucher, Dorléans et le jésuite Mariana qui a laissé son nom à la doctrine du tyrannicide [1].

[1] Il convient cependant de ne pas confondre Mariana avec Dorléans et Boucher. Ces derniers sont des polémistes fanatiques. Mariana est peut-être un fanatique, mais c'est aussi un théoricien.



A l'origine, la Réforme ne fut pas une insurrection contre les pouvoirs politiques établis ; ce n'est que beaucoup plus tard que la libre critique des dogmes religieux conduira à la critique des autorités politiques. Si, dans la seconde moitié du XVIe siècle, on trouve des théories politiques libérales, conséquence un peu éloignée de l'émancipation religieuse, les principaux fondateurs de l'Eglise réformée, Luther et Calvin, ont été au contraire partisans d'une soumission absolue aux pouvoirs établis, ils ont défendu l'autoritarisme et même le despotisme.

Il est vrai de reconnaître que cette manière de penser était peut être commandée par les circonstances ; Luther cherchait à vivre en bonne intelligence avec les princes allemands, même avec l'empereur. Il recommande souvent à l'empereur de « frapper dur sur Monsieur tout le monde ».

Le protestantisme n'alla pas où le poussait la logique. Il respecta à ses débuts le principe autocratique et le pouvoir temporel. Luther se montre plein de flatteries pour les princes allemands.

C'est en effet sur le pouvoir civil que Luther pouvait compter pour accomplir sa réforme. Il lui était nécessaire de le défendre à la fois contre le peuple et contre l'Eglise. « A ce dernier point de vue, écrit justement M. Paul Janet, il est le continuateur de ces grands polémistes du moyen âge qui défendirent l'empire contre le sacerdoce, les Dante, les Ockam, les Marsile de Padoue. »

Il n'hésite même pas à donner au pouvoir civil une partie du pouvoir spirituel. Il n'y a même pas lieu, selon lui, de distinguer l'ordre temporel et l'ordre spirituel :

« Tous les chrétiens, écrit-il, sont de l'ordre spirituel et » ne diffèrent que par la diversité des fonctions ; les fonc- » tions du pouvoir civil sont de punir les méchants et de

» récompenser les bons. Il doit donc exercer ses fonctions » dans toute la chrétienté sans en exempter le pape, les évê- » ques, les prêtres, etc. (1). »

Choisi comme arbitre entre les paysans et les seigneurs, Luther prenait parti contre les paysans, quelque justes que fussent leurs demandes : « Vous voulez affranchir, leur » disait-il, vos personnes et vos biens. Vous convoitez le pou- » voir et les biens de la terre. Vous ne voulez souffrir aucun » tort. L'Evangile, au contraire, n'a nul souci de ces choses, » et place la vie extérieure dans la souffrance, l'injustice, la » croix, la patience et le mépris de la vie, comme de toute » affaire de ce monde... Souffrir ! Souffrir ! la croix ! la croix ! » Voilà la loi qu'enseigne le Christ ! Il n'y en a pas d'au- » tres (2). »

Tout en reconnaissant le bien fondé des demandes des paysans, il refuse à ces derniers le droit de les arracher à l'autorité par la violence. « Nul n'est juge dans sa propre » cause, dit-il ; les fautes de l'autorité n'excusent pas la ré- » volte. Tout homme n'est point appelé à punir les méchants. » L'autorité de l'Ecriture vient ici à l'appui : « Que toute âme » soit soumise aux puissances supérieures. Quiconque prend » l'épée périra par l'épée (3). » Il prend même parti pour le servage en s'appuyant sur l'autorité de saint Paul. « Lisez » saint Paul, dit-il : l'empire de ce monde ne peut subsister » dans l'égalité des personnes (4). »

Aucune raison ne peut, à ses yeux, justifier une insurrection : « Je tiendrai toujours avec le parti, *quelque injuste*

(1) Luther, *Œuvres complètes*, t. X, p. 300 (cité d'après Janet, *La science politique*, t. II, p. 9).

(2) *Lettre aux paysans, Mémoires de Luther*, par Michelet, l. II, ch. III, p. 160.

(3) Luther, *Œuvres complètes*, editio latina Witeberga, 1558, vol. VII, sermon p. 273.

(4) *Lettre aux paysans*, Michelet, p. 157-158.

» *qu'il soit*, qui subit la révolte, et contre le parti, *quelque* » *juste qu'il soit*, qui la fait [1]. » « L'insurrection, dit-il, n'est » bonne en aucune manière, elle n'amène jamais l'améliora- » tion que l'on cherche par elle. L'insurrection n'a pas de » discernement et, d'ordinaire, elle frappe les innocents plu- » tôt que les coupables. Aussi, *la révolte n'est-elle jamais* » *juste, si juste qu'en soit le motif*. Elle produit plus de mal » que de bien; comme dit le dicton, le mal produit le pire. » L'autorité et le glaive, dit saint Paul, sont institués pour » punir les méchants et protéger les bons et empêcher la » révolte. Mais, quand se lève le seigneur Omnes, il ne sait ni » trouver ni tenir la distinction entre les bons et les méchants. » Il frappe dans la masse, au hasard, et ne peut rien faire » sans commettre les plus grandes iniquités [2]. »

Labitte cite ce passage de Luther très significatif : « Qu'un » chrétien puisse se défendre contre l'autorité, il y a là ma- » tière à de grandes réflexions. Au fond, c'est au pape que » j'arrache le glaive, non à l'empereur [3]. »

Mélanchton, le plus modéré des protestants, n'hésite pas à reconnaître au pouvoir civil, « ce pouvoir qui vient de Dieu », le droit et même le devoir d'instituer des peines et des supplices contre les hérétiques, comme contre les blasphémateurs. Le prince a le droit de savoir ce que chacun professe sur la religion.

Je pourrais encore citer Théodore de Bèze faisant, dans un traité des plus curieux, l'apologie du meurtre de l'hérétique Servet et reconnaissant à l'autorité civile les pouvoirs les plus étendus. Mais j'ai hâte d'arriver au célèbre auteur de l'*Institution chrétienne*, Calvin.

(1) Luther, *Œuvres*, t. X, p. 413 (d'après Janet déjà cité, t. II, p. 7).
(2) *Id.*
(3) Labitte, déjà cité, p. 48.

Nous retrouvons dans Calvin les doctrines que nous venons de voir chez Luther, Mélanchton et Théodore de Bèze.

Calvin était un homme de gouvernement et d'autorité. Il se déclare nettement partisan de la monarchie absolue. Le pouvoir vient de Dieu : « Les magistrats ont commandement » de Dieu, sont autorisés de lui et du tout ils représentent sa » personne, étant au demeurant ses vicaires... On ne peut » aucunement douter que la supériorité civile ne soit une » vocation non seulement sainte et légitime devant Dieu, » mais aussi très sacrée et honorable entre toutes les autres [1]. »

Toutes les formes de gouvernement ont été établies par Dieu. La domination d'un seul est la meilleure forme de gouvernement ; elle a pu ne pas plaire à tout le monde, mais elle est préférée par la sagesse divine. Il n'appartient pas du reste aux particuliers de discuter sur la meilleure forme de gouvernement ; ils n'ont aucun droit dans la gestion des affaires publiques.

Sans doute, un gouvernement personnel pourra devenir tyrannique ; c'est un danger, mais « il est beaucoup plus fa» cile, où le populaire a autorité, qu'il émeuve sédition » [2].

Tout gouvernement, venant de Dieu, le peuple doit accepter de se soumettre aussi aveuglément aux mauvais princes qu'aux bons princes. « Si les rois iniques viennent à occuper » la puissance, jamais ces folles et séditieuses cogitations ne » nous viendront en l'esprit, qu'un roi doive être traité comme » il le mérite et qu'il n'est pas raisonnable que nous nous » tenions pour sujets de celui qui ne se maintient pas de sa » part envers nous comme roi [3]. »

[1] Calvin, *Instit. chrét.*, liv. IV, ch. xx, 4. — L'*Institution chrétienne* est dédiée à François Ier.

[2] *Ibid.*, 8.

[3] *Ibid.*, 27.

Calvin ajoute cependant que s'il y avait des magistrats constitués pour la défense du peuple, pour réprimer l'iniquité des rois, ces magistrats ne devraient pas se dérober à leurs devoirs. Si la liberté n'est pas établie par la constitution, on n'a pas le droit de la vouloir conquérir ; mais si elle est reconnue par la constitution, il faut travailler à la conserver et à la défendre.

Hors cette exception, les sujets doivent obéir à toute puissance politique, même tyrannique.

Telle est la seule limitation que Calvin se décide à reconnaître à la souveraineté.

Calvin n'a donc jamais été un partisan du gouvernement populaire, il n'a jamais placé dans le peuple l'origine du pouvoir légitime. Magistrat d'une démocratie, il n'a jamais songé à appliquer ses principes ecclésiastiques à la politique générale.

Sous les règnes de François Ier et de Henri II, les huguenots, qui sont encore trop faibles et trop peu nombreux pour pouvoir espérer triompher d'un pouvoir politique fort et respecté, ne demandent que la tolérance et acceptent sans restriction l'autorité royale.

Dans un synode de toutes les églises réformées, tenu à Paris en 1559, on vota une série de propositions dont les deux dernières nous intéressent particulièrement (1). Elles sont ainsi conçues :

« Art. 39. Nous croyons que Dieu veut que le monde soit gouverné par loix et polices, afin qu'il y ait quelques brides pour réprimer les appétits désordonnés du monde : et ainsi, qu'il a estably les royaumes, républiques et toutes autres sortes de principautés, soyt héréditaires ou autrement

(1) Théodore de Bèze, *Histoire eccl.*, I, p. 185.

et tout ce qui appartient à l'estat de justice, et en veut estre recognu autheur. A ceste cause, il a mis le glaive en la main des magistrats pour réprimer les péchés commis non seulement contre la seconde table des commandemens de Dieu, mais aussi contre la première. Il faut donc à cause de luy que non seulement on endure que les supérieurs dominent, mais aussi qu'on les honore et prise en toute révérence, les tenant pour ses lieutenans et officiers qu'il a commis pour exercer une charge légitime et saincte.

» Art. 40. Nous tenons doncques qu'il faut obéir à leurs loix et statuts, impostes et autres devoirs et porter le joug de subjection d'une bonne et franche volonté, encores qu'ils fussent infidèles, moyennant que l'empire souverain de Dieu demeure en son entier. Par ainsi, nous détestons ceux qui voudroyent rejetter les supériorités, mettre communauté et confusion de biens et renverser l'ordre de justice. »

Ce langage humble et soumis est le dernier que nous trouvions, momentanément du moins, chez les protestants au XVIe siècle. L'avènement au trône d'un prince de quinze ans, François II, donnera de l'audace aux protestants, en fera un véritable parti politique dont les doctrines traduiront un esprit révolutionnaire très avancé.

Je crois avoir suffisamment établi, par l'examen rapide des idées politiques des fondateurs de la religion protestante et par un texte d'une autorité indiscutable, ce que j'affirmais au début de ce chapitre : la Réforme n'est pas, à ses débuts, un mouvement d'émancipation politique. Aucun écrivain catholique n'a plus énergiquement défendu les droits du pouvoir civil, supérieur même au pouvoir religieux, que les premiers écrivains de la Réforme. Mais la Renaissance, l'étude des écrivains de l'antiquité, des origines de notre histoire, les événements qui se précipitent, l'esprit de parti qui anime les

écrivains de cette époque, tout cela fera bientôt éclore une politique nouvelle, démocratique, qui éclatera bruyamment après la Saint-Barthélemy.

La Réforme s'est donc organisée et est devenue un parti politique avec ses assemblées, ses chefs élus, ses places fortes, ses armées. Survient le massacre de la Saint-Barthélemy, et le déchaînement des passions religieuses ne connaît plus de bornes. L'insurrection est continuelle, mais on voudra la justifier en droit et on écrit des ouvrages pour établir le droit de la nation de se gouverner elle-même et, dans certains cas, de s'insurger contre les pouvoirs établis : tels le *Franco Gallia* et le *Vindiciae contra tyrannos*.

La Saint-Barthélemy devient ainsi l'occasion de la manifestation, chez les protestants, des doctrines démocratiques.

Je n'insiste pas ici sur ces deux ouvrages que j'étudierai plus loin. Ils sont violemment attaqués par le parti catholique qui les considère comme dangereux et subversifs. Puis quelques années s'écoulent au milieu des guerres civiles. Les protestants, par la plume, par la parole, par les armes, luttent avec une extrême violence contre la royauté que dominent les Guises.

Qu'il me suffise de constater ici que les protestants n'ont jamais eu en politique des idées bien arrêtées. S'ils ont exposé des idées politiques, c'est parce que l'Etat et la religion étant étroitement unis, c'est par la politique qu'ils pouvaient seulement préparer le triomphe de leurs idées religieuses.

Cependant, ils devaient être tont particulièrement portés vers les idées démocratiques par suite de l'organisation même des églises calvinistes, laquelle était démocratique et fédérative. Tous les ministres étaient égaux entre eux et ne reconnaissaient au dessus d'eux que l'autorité des synodes

provinciaux ou généraux. La guerre éclatant, les églises protestantes sentirent tout naturellement la nécessité d'agir en commun et de se gouverner elles-mêmes en face du gouvernement du pays qui les combattait. Les synodes deviennent de véritables assemblées politiques, et c'est ainsi qu'on a pu dire que le protestantisme formait un Etat dans l'Etat.

Dans une pièce du temps intitulée « Quarante articles pour le règlement des affaires de guerre », on trouve décrite en détail la forme de gouvernement provisoire que toute ville ou communauté protestante devra se donner pendant les hostilités [1]. On y trouve un maire investi du pouvoir exécutif, un grand conseil de cent membres investi du pouvoir législatif, un conseil privé de vingt-cinq membres pris dans le sein du grand conseil; tous ces pouvoirs sont électifs et annuels. Une sorte de jury de douze membres s'adjoint aux juges; les maires et les conseils des diverses villes se réunissent pour élire un chef général et cinq lieutenants, le tout « en attendant qu'il plaise à Dieu qui a les cœurs des rois en sa main de changer celui de leur roi et restituer l'Etat de France en bon ordre, ou susciter un prince voisin qui soit manifeste par sa vertu et marques insignes être libérateur de ce pauvre peuple affligé ».

Les nobles qui avaient embrassé la Réforme prétendaient se rendre indépendants dans leurs châteaux et leurs gouvernements. D'Aubigné, dans son *Histoire universelle,* parle des grands qui demandaient à Henri IV de leur abandonner leur gouvernement en souveraineté tributaire. Les églises protestantes levaient des impôts, fournissaient des contingents à l'armée protestante; les chefs s'enfermaient dans les

(1) Voir *Mémoire de l'Estat de France sous Charles IX*, t. II, p. 38.

places fortes. En agissant ainsi, les protestants ne semblaient-ils pas donner le droit aux catholiques de croire à un projet de république fédérative et au pouvoir royal de les traiter comme des adversaires dangereux de la patrie qu'ils désorganisaient?

L'Hospital reprochait aux huguenots de vouloir « planter leur religion avec épées et pistolets ». C'est bien là le caractère des guerres civiles du XVIe siècle, qui ont surtout été des guerres religieuses. Seule la question religieuse a divisé en deux camps la nation; les guerres n'ont pas été entreprises pour faire aboutir des réformes politiques auxquelles le pays, dans son ensemble, ne prêtait pas un caractère urgent. Mais les écrits des politiques protestants du XVIe siècle n'en sont pas moins intéressants, sinon pour leur valeur absolue, du moins pour leur valeur relative et les idées originales que très souvent ils contiennent.

Un événement imprévu va une seconde fois modifier les idées des deux partis.

Nous arrivons à la fin du XVIe siècle. A ce moment, s'opère un revirement complet dans les idées politiques des écrivains protestants.

La mort du duc d'Alençon, frère d'Henri III, rend probable l'arrivée au trône d'Henri de Navarre, prince protestant. Si cette prévision se réalise, c'est le triomphe de la cause protestante assuré puisque le pouvoir politique appartiendra enfin aux protestants. Telle est du moins la pensée des polémistes de cette religion. Ils s'empressent de revenir aux idées des promoteurs de la Réforme. Pour des raisons analogues à celles qui guidaient Luther et Calvin, ils se déclarent monarchistes et autoritaires autant qu'ils avaient été précédemment démocrates et individualistes. C'est surtout chez Hotman, auquel nous consacrerons un chapitre de cette étude, que ce

revirement est apparent. En 1573, dans le *Franco Gallia,* il défend la monarchie élective ; en 1589, dans le *De jure successionis,* il se déclare partisan de la monarchie héréditaire.

De même, Duplessis-Mornay, le pape huguenot, soutient le droit héréditaire ; il écrit que « Dieu prend en main la cause des rois et se tient blessé en leur personne ». Henri III trouve à ce moment ses plus ardents défenseurs chez les protestants.

Un mot maintenant sur les écrivains catholiques et nous aurons suffisamment indiqué le caractère de la politique du xviᵉ siècle. La Saint-Barthélemy a excité davantage encore les passions religieuses des catholiques ; à ce moment ils ont soutenu plus énergiquement que jamais le pouvoir royal héréditaire qu'ils croyaient entre leurs mains. Mais, par l'application de ce même droit héréditaire, Henri de Navarre, prince protestant, devient l'héritier présomptif de la couronne de France. L'heure est venue pour les catholiques d'attaquer cette monarchie qui va leur échapper et leurs écrivains vont se montrer d'une violence inouïe à son endroit.

Après le meurtre d'Henri III, les écrivains catholiques font un héros de son assassin Jacques Clément, ils ne tarissent pas d'éloges sur Gérard, le meurtrier de Guillaume de Nassau. Parmi ces écrivains, citons Louis Dorléans et le curé Boucher. Pendant dix ans, l'antique constitution de la monarchie française n'a pas de plus violents adversaires que les moines et les curés de Paris.

Louis Dorléans, avocat général au Parlement de Paris pendant la Ligue, défend les idées démagogiques dans deux ouvrages intitulés l'un, *Avertissement des catholiques français aux catholiques anglais,* et l'autre, *Apologie des catholiques unis.*

Boucher, curé de Saint-Nicolas à Paris, a écrit : *La vie et*

les faits notables d'Henri de Valois et un autre ouvrage intitulé *De justa abdicatione Henrici tertii*. Pas d'originalité dans ces ouvrages; le second, qui nous intéresse surtout, est un pamphlet sans talent, mais qui donne la mesure des passions religieuses de cette époque troublée. Boucher se propose de défendre le droit de déposer les rois et de justifier la Ligue d'avoir déposé Henri. Il traite cette question dans quatre parties du *De justa abdicatione* : 1° du droit de déposer les rois; 2° des justes causes de la déposition d'Henri par rapport au droit de l'Eglise; 3° des justes causes de la déposition d'Henri par rapport à la république; 4° de la forme et de la procédure de la déposition. C'est un mélange de l'esprit théocratique du moyen âge, de l'esprit biblique des protestants et de leur esprit philosophique et historique. Le Pape a évidemment le droit de déposer les rois puisqu'il doit veiller au salut de l'Eglise et des peuples.

Voici les principaux axiomes de la politique démocratique de Boucher : Les rois ont été établis par les peuples (ch. XI). Un peuple peut se passer de roi, mais un roi ne peut pas se passer de peuple (ch. XIII). Tous les hommes sont naturellement libres (ch. XIII). Le pouvoir des rois ne vient pas de Dieu, si ce n'est par l'intermédiaire du peuple (ch. XVII). Personne ne naît roi (ch. XVIII). Il y a un contrat passé entre Dieu, le roi et le peuple; le roi peut forcer le peuple à honorer Dieu, mais le peuple a le même droit vis-à-vis du roi (ch. XIX). Le peuple a contre le roi l'action contre le tuteur prévaricateur ou contre le seigneur félon (ch. XXIX). Aucune guerre civile n'est plus juste que celle que l'on entreprend pour ses autels et ses foyers. La rébellion juste n'est plus une rébellion (ch. XXIX) (1).

(1) *De justa abdicatione*, Lyon, 1691.

Ces principes sont à peu près les mêmes que ceux exposés dans le *Vindiciæ contra tyrannos*. Mais Boucher va beaucoup plus loin que Junius Brutus dans l'affirmation du tyrannicide. Nous verrons que Junius Brutus n'autorise le tyrannicide qu'à l'endroit du tyran sans titre. Boucher admet, avec la plupart des théologiens, qu'il est permis à un simple particulier de tuer un tyran qui usurpe le pouvoir. On doit défendre la chose publique. Il ajoute qu'un homme privé peut tuer le tyran d'exercice lorsque la République l'a déclaré ennemi public; on doit le pourchasser comme une bête féroce. C'est proclamer le droit absolu au tyrannicide. Comment, en effet, et dans quelle forme la République peut-elle déclarer un prince ennemi public et à qui appartiendra-t-il de prononcer un pareil jugement?

Citons à côté de Boucher un jésuite nommé Guignard dont le livre fut condamné par le Parlement. Bayle, dans son *Dictionnaire historique,* extrait de ce livre les propositions suivantes : 1° que, en l'an 1572, au jour Saint-Barthélemy, si on eût saigné la veine basilique, nous ne fussions pas tombé de fièvre en chaud mal; 2° que l'acte héroïque fait par Jacques Clément a été justement lavé par le prieur des Jacquobins; 3° que si on ne peut le déposer (le prince) sans guerre, qu'on guerroye; si on ne peut faire la guerre, qu'on le fasse mourir ([1]).

La théorie du tyrannicide est exposée théoriquement et dogmatiquement dans le *De rege et de regis institutione* du jésuite Mariana (1537-1624). Mariana admet le tyrannicide même contre le tyran d'exercice. Le tyran est un ennemi public, il déchire votre patrie que vous devez défendre avec beaucoup plus d'énergie que vous n'en mettriez à la défense de votre

([1]) Voir Recueil des pièces concernant les doctrines et pratiques romaines sur la déposition des rois (Genève, 1627).

mère ou de votre épouse. L'humanité a toujours honoré ceux qui ont délivré leur pays de ses oppresseurs. Jacques Clément, l'assassin de Henri III, est « un jeune homme d'un esprit simple et d'un faible corps, mais dont une ardeur courageuse soutenait les forces et le cœur! ».

Pour Mariana, le droit de tuer le tyran sans titre est absolu; il appartient à tous. Le tyran d'exercice ne peut être mis à mort par un particulier qu'après avoir été proclamé coupable par la réunion légale des assemblées; mais, à défaut de cette réunion, le peuple peut et doit se soulever. Il suffit, pour qu'un homme puisse tuer un tyran d'exercice, que la « voix publique se prononce contre lui ». C'est la proclamation la plus complète du droit à l'assassinat. Tous les moyens sont bons pour arriver à cette fin. Mariana fait cependant une restriction étrange qu'un de ses prédécesseurs, Jean de Salisbury, a déjà faite : l'usage du poison est interdit. Pourquoi cette restriction ? Mariana l'explique ainsi : l'homme qui meurt empoisonné, même par la main d'autrui, se donne la mort à lui-même et le suicide est contraire aux lois de la nature. Le tyrannicide devient coupable non du meurtre, lequel est permis, mais du suicide, lequel ne l'est pas. Cependant, si l'on réussit à administrer le poison sans que la victime y participe, par exemple si l'on peut le placer dans des vêtements au lieu de le mettre dans des aliments, la mort par le poison devient permise. Il n'est pas possible de pousser plus loin l'extravagance et le sophisme.

Cette période si intéressante du XVIe siècle, qui va de 1573 à 1599, a été étudiée tout récemment encore par des publicistes allemands. L'un d'eux, M. Rudolf Treumann, a publié en 1895 à Leipzig une brochure qui a pour titre *les Monarchomaques*. C'est une étude des théories révolutionnaires du XVIe siècle (1573-1599).

Pour M. Treumann, ce n'était pas seulement une question d'école qui s'agitait dans les combats de cette époque ; ce n'étaient pas catholiques et protestants qui étaient aux prises, mais le « princeps » et le « populus ». Si les catholiques et les protestants combattaient dans des camps opposés, ils eurent tous dans le monarque absolu un ennemi commun quand l'intérêt de leur cause le leur commanda. L'auteur rappelle que tous ces champions qui, en ce temps-là, entreprirent la lutte contre la monarchie sont confondus sous le nom de « monarchomachen », nom qui leur fut donné par Guillaume Barklay dans son écrit « *De regno et regali potes-* » *tate adversus Buchananium, Brutum, Boucherium et reliquos* » *monarchomachos libri* » (¹).

M. Treumann fait cette remarque très juste que les territoires allemands étaient trop petits pour que les partis aient pu avoir dans ces pays une puissante vie ; il juge l'Italie incapable d'avoir compris la politique. Au contraire, dit-il, en France, où toutes les hypothèses pouvaient se réaliser, où depuis longtemps le pays était en proie aux agitations politiques, le sol paraissait fertile pour les pamphlets. Il n'est pas étonnant que la plus grande partie et les plus remarquables des monarchomaques aient vu le jour en France (²). Plus loin, l'auteur appelle la France « la terre maternelle des monarchomaques » (³).

Il y a dans la brochure dont nous nous occupons une foule d'idées qui ne sont pas nettement mises en lumière. Après avoir énuméré la plupart des écrits politiques qui parurent en France à cette époque, l'auteur déclare ne vouloir en retenir que deux qui lui paraissent résumer les théories démo-

(¹) Rudolf Treumann, *Die Monarchomachen*, p. 6-7.
(²) *Id.*, p. 8.
(³) *Id.*, p. 10.

cratiques de la fin du XVIe siècle, le *Franco Gallia* d'Hotman et le *Vindiciæ contra tyrannos* de Junius Brutus (1). Les publications qui naquirent un jour pour mourir le lendemain sont toutes comprises entre Hotman et Brutus (2).

M. Treumann définit ensuite le caractère des monarchomaques qui ne s'occupent qu'accidentellement des âges primitifs de l'humanité; il compare Hotman à Junius Brutus, précise leurs ressemblances et leurs différences, il dit pourquoi il croit devoir ranger Hotman parmi les monarchomaques. Il fait ensuite cette judicieuse remarque que les controverses dans lesquelles les monarchomaques défendent la souveraineté du peuple, se limitent au territoire de leur pays. La monarchie universelle était depuis longtemps tombée dans l'oubli et l'Eglise n'était considérée par les protestants que comme Eglise d'Etat. Seuls les écrivains catholiques défendent énergiquement le pouvoir de l'Eglise universelle qu'ils placent bien au-dessus de l'Etat (3).

Terminons ce chapitre sur ce va-et-vient des doctrines démocratiques entre protestants et catholiques par deux citations de Montaigne et de Bayle. Montaigne écrit: « Voyez » l'horrible impudence de quoi nous pelotons les raisons » divines; et combien irreligieusement nous les avons rejec- » tées et reprinses selon que la fortune nous a changé de » place en ces orages publics. Cette proposition si solesme » s'il est permis aux subjets de se rebeller et armer contre » son prince pour la défence de la religion, souvienne vous » en quelles bouches, cette année passée, l'affirmation d'y- » celle estoit l'arc-boutan d'un parti; la négative de quel » autre parti c'estoit l'arc-boutan; et oyez a présent de quel

(1) R. Treumann, *Die Monarchomachen*, p. 10

(2) *Id.*, p. 13.

(3) *Id.*, p. 85.

» quartier vient la voix et instruction de l'une et de l'au-
» tre (¹). »

Sur le même sujet, Bayle s'exprime avec beaucoup plus de philosophie : « Les maximes des deux partis, dit-il, passè-
» rent réciproquement du blanc au noir... Tant que le monde
» sera monde, il y aura partout des doctrines ambulatoires...
» Vrais oiseaux de passage, qui vont en un pays pendant
» l'été, en un autre pendant l'hiver... Quiconque voudra
» faire là-dessus le censeur ne passera que pour un critique
» chagrin, natif de la république platonique (²). »

Et Bayle n'a pas connu la fin du XIXᵉ siècle !

Ce caractère de la politique des partis déterminé, abordons maintenant l'étude du *Vindiciæ contra tyrannos* dans lequel on retrouve assurément l'œuvre d'un fanatique, mais en même temps d'un théoricien et d'un jurisconsulte.

(¹) *Essais*, liv. II, ch. XII.
Luther écrit lui-même : « L'esprit humain est un paysan ivre, il tombe d'un côté ; on le remet sur son âne, il tombe de l'autre. » (Labitte, déjà cité, p. 72.)

(²) *Dictionnaire historique*, article *Hotman*.

CHAPITRE III

HUBERT LANGUET. SA VIE. SES ŒUVRES. SA MÉTHODE

Nous verrons, au cours de ce chapitre, que la question a été très discutée au XVIe siècle de savoir quel est le véritable auteur du *Vindiciæ contra tyrannos*. Nous croyons, et nous donnerons les raisons de notre opinion, qu'Hubert Languet a écrit cet ouvrage. Mais, avant d'avoir abordé et résolu, autant qu'il était en notre pouvoir, ce délicat problème, nous avons évité de désigner l'auteur de l'ouvrage par un autre nom que celui de Junius Brutus, indiqué par l'auteur lui-même. Il restera à décider qui est Junius Brutus.

Etudions maintenant la vie d'Hubert Languet, recherchons à quelles œuvres il a laissé son nom ; notre démonstration, quant au véritable auteur du *Vindiciæ contra tyrannos,* se trouvera d'autant facilitée. La vie et le caractère d'un écrivain ne se traduisent-ils pas dans ses œuvres, surtout quand cet écrivain est un polémiste ?

Hubert Languet naquit en 1518, à Vitteaux, en Bourgogne. Il appartenait à une ancienne famille qui avait été anoblie au XIVe siècle. Son père se nommait Germain Languet, sa mère Jeanne Devoyot.

Hubert Languet eut pour maître un homme très savant, Jacob Perel. A peine âgé de neuf ans, il parlait le latin et étudiait avec ardeur l'antiquité. Il passa trois années à l'Université de Poitiers et s'adonna désormais à l'étude du droit.

Son père le destinait à une charge publique en Bourgogne, mais cela ne convenait nullement à Hubert. Ses goûts le portaient vers l'étude du latin et du grec : « *Pulchrum,* disait-il, *et dulce est scire ea quæ alii ignorant.* » Il voulait tout savoir, le droit, l'histoire, la philosophie, les lettres sacrées.

Il avait cependant le tort de ne pas vouloir apprendre les langues usuelles de son temps. C'est ainsi qu'il sacrifiait complètement sa langue maternelle à l'étude du latin et du grec; aussi presque toutes ses lettres sont-elles écrites en latin. Il passa même une grande partie de sa vie en Allemagne et ne connut cependant que très imparfaitement la langue de ce pays.

Hubert Languet ne tarda pas à embrasser la religion réformée et, dès ce moment, il résolut de quitter la France violemment agitée par des querelles religieuses, et il se dirigea vers l'étranger.

Ses parents tentèrent de l'envoyer dans le Midi, espérant que la fréquentation de populations catholiques le ramènerait à sa foi primitive. Il visita toute la France, l'Espagne et l'Italie, et finalement se rendit en Allemagne. Il revint une fois chez lui, mais Henri II régnait et avec lui l'intolérance des Guises ; aussi, il repartit bientôt.

Il se rendit de nouveau en Italie où il séjourna quelque temps. Là, il lut avidemment les écrits des premiers protestants et notamment ceux de Mélanchthon. En 1549, il quittait l'Italie et se rendait à Wittersbourg, chez Mélanchthon.

En Allemagne, la religion réformée faisait de grands progrès et réunissait beaucoup d'adhésions. Mais les protestants étaient divisés. Luther avait lutté contre les disciples de Calvin, et lui mort, la lutte continua plus acharnée encore. Mélanchthon, qui représentait le parti de Calvin, usait de beau-

coup de prudence et de modération pour ne pas s'aliéner les partisans de Luther. On discutait cependant et Hubert Languet se trouva mêlé à ces discussions.

De 1549 à 1560, c'est-à-dire jusqu'à la mort de Mélanchthon, Languet passa les hivers à Wittersbourg ou à Leipzig, s'adonnant à la théologie, aux lettres ou aux affaires publiques.

Durant cette première partie de sa vie, écoulée auprès de Mélanchthon, Hubert Languet prit part à de nombreuses discussions religieuses, mais toujours il s'efforça de ramener l'union parmi les adeptes de la nouvelle religion, se tenant toujours, comme son maître, à égale distance de Luther et de Calvin.

Après la mort de Mélanchthon, l'Électeur de Saxe appela Languet auprès de lui. Il pensait que Languet lui serait utile auprès des souverains étrangers et en particulier à la cour de France. Pendant près de douze ans Languet demeura en France ou dans les pays voisins, en qualité d'ambassadeur de l'Electeur et à la cour de Paris il prit, à diverses reprises, en cette qualité, la défense des huguenots. Il a écrit, comme ambassadeur, des lettres très instructives pour l'histoire de ce temps. Un savant allemand, Oscar Scholz, a publié un intéressant ouvrage sur Hubert Languet, ambassadeur (1).

La situation à ce moment-là était très difficile. La conspiration d'Amboise venait d'éclater et avait causé un véritable désastre chez les protestants. Lorsque Languet arriva, la suspicion régnait partout; on osait à peine se parler. Les Guises seuls gouvernaient, le roi n'avait plus aucune autorité. Languet nous a décrit avec émotion ce triste état de la France.

(1) Scholz : « Hubert Languet, als Kursæchsischer Berichterstatter und Gesandter in Frankreich, während der Jahre, 1560-72. »

Sur ces entrefaites, Languet apprit la mort de Mélanchthon, et en fut très affligé. Il perdait en lui ce qu'il avait de plus cher.

Il revint une seconde fois en France sous le règne de Catherine de Médicis. Les Guises étaient moins puissants et les protestants relevaient la tête ; aussi Languet, qui avait été chargé par l'Electeur de Saxe de porter secours aux réformés, put facilement s'acquitter de sa mission. Il alla même trouver le roi de Navarre et lui remit une lettre de l'Electeur ; il en porta ensuite une autre au connétable de Montmorency. Seul, le chancelier de l'Hospital demeura sourd à ses sollicitations. Il n'obtint cependant pas beaucoup du roi de Navarre, qui restait indécis entre les protestants et les catholiques.

Il y avait en ce moment en France une accalmie, mais la paix ne fut pas de longue durée. Au mois de mars 1562, la guerre civile éclata. Au mois de juin, Languet se décida à quitter Paris ; il rejoignit l'Electeur de Saxe et attendit la paix d'Amboise avant de revenir à Paris Il demeura dans la capitale, non sans quelque danger, du mois de juin 1563 jusqu'à l'été de l'année suivante. De là, il écrivit de nombreuses lettres sur les guerres civiles en France, sur le concile de Trente, sur la situation des Universités. A plusieurs reprises il fut chargé par l'Electeur de Saxe des missions les plus délicates auprès du gouvernement français. Il obtint même une fois sinon l'alliance, du moins une neutralité bienveillante du roi contre les ennemis de l'Electeur.

Pendant les guerres civiles il se retira à Francfort. A ce moment, après la mort de Condé, Coligny paraissait être le seul chef des huguenots. Languet ne cessait d'exhorter l'Electeur de Saxe et les autres princes de l'Empire à intervenir dans les affaires de France. Ses désirs furent exaucés.

La légation d'Allemagne, en décembre 1570, allait partir en France.

Le 20 décembre, cette légation fut introduite auprès de Charles IX. Languet fut chargé de prendre la parole ; il félicita le roi et lui représenta, par l'exemple de la Turquie, de la Pologne et surtout de l'empire germanique, que l'on pouvait très bien servir des religions différentes sans pour cela nuire à l'Etat. Le Pape, lui-même, ne tolérait-il pas les juifs à Rome ? Dieu seul gouverne la conscience des hommes. Languet exprimait l'espoir que la France poursuivrait sa marche, heureuse et libre, dans le chemin de la paix.

Le roi écouta Languet avec bienveillance et embrassa les ambassadeurs qui repartirent enchantés de l'accueil qu'ils avaient reçu et confiants dans le maintien de la paix. Ils escomptaient même une alliance entre le roi de France et les princes allemands.

Mais, quelque temps après, éclate la Saint-Barthélemy. Languet se trouvait précisément à Paris et courut un grand danger à cause des discours qu'il avait tenus deux ans auparavant, en présence du roi. Il ne fut arraché à la mort que par miracle. Désormais, toute amitié disparaissait entre Charles IX et les princes allemands. Languet conserva toujours un souvenir pénible des atrocités auxquelles il avait assisté ; on lui attribue à ce sujet, mais à tort, un opuscule intitulé *De furoribus gallicis* dont François Hotman est l'auteur.

C'est alors que Languet est envoyé à Vienne où il passa quatre années.

En 1579, il écrivit en français sous ce titre : « *Lettre de M. Languet à M. de Thou, touchant les Estats d'Allemagne* », un exposé de la situation politique de ce pays. Après avoir énuméré les institutions de l'Empire, il insiste sur les Assemblées délibérantes, leurs droits, leur influence. Mais il parle de tout cela avec brièveté et clarté.

Languet a surtout écrit avec soin sur les institutions et les

événements de Pologne, dans un ouvrage intitulé *De Electione polonica.*

La plupart des amis de Languet, qui professaient le calvinisme, furent, à la mort de Mélanchthon, envoyés en exil, jetés en prison et livrés aux supplices par l'Electeur palatin qui était luthérien. Languet écrivit à l'Electeur pour se plaindre de ces violences et, quelque temps après, il donnait sa démission d'ambassadeur, malgré les regrets de l'Electeur. Il alla se retirer à Francfort.

En 1577, Languet fut appelé auprès de l'un des fils de l'Electeur palatin Frédéric III, Jean-Casimir. Là, comme autrefois à la cour de Saxe, son influence fut considérable; il accompagna même Casimir à la cour de Londres.

Mais il fut bientôt atteint par la maladie qui devait l'emporter, et le 30 septembre 1581, entre trois et quatre heures du matin, il rendait le dernier soupir. Il avait envisagé la mort avec sérénité et il parlait sans tristesse de la vie qu'il allait quitter; il disait même qu'il allait retrouver ses amis perdus et que le monde était plein de perfidie, que les princes sages et honnêtes ne pouvaient y régner. Duplessis-Mornay, qui l'assistait à son lit de mort a pu dire de lui : « *Vitam optime actam, mors optima, placidissima, mors in* » *Christo beatissima et beatissimæ vitæ proxima, laude et* » *gloria coronaverit.* »

Le prince d'Orange lui fit de splendides funérailles. Théodore de Bèze composa une épitaphe où il célébrait, en termes louangeux, les vertus de Languet, l'élégance et la gravité de ses mœurs, et sa grandeur d'âme. L'Electeur de Saxe, en souvenir de ses services, lui fit élever un magnifique tombeau.

Telle fut, rapidement décrite, la vie d'Hubert Languet, si fertile en incidents divers. Aux nombreuses et illustres ami-

tiés dont il fut honoré, ajoutons celles de Baudoin, Cujas, Hotman, Donnau. C'est surtout Mélanchthon que Languet affectionna. Ils avaient du reste, tous les deux, les mêmes qualités; ils comprenaient la vie de la même façon; ils écrivaient ensemble des sermons sur la religion réformée.

La vie d'Hubert Languet fut celle d'un homme simple, ennemi du bruit et des honneurs, ne cherchant pas à éblouir par sa science et son érudition.

C'est du reste ainsi que l'a dépeint Mélanchthon, qui l'a si bien connu.

Doué d'une grande mémoire, il se souvenait de tout ce qu'il avait lu ou vu, il jugeait des hommes et des choses en parfaite connaissance de cause. Il ne voulut jamais se marier dans la crainte que le voisinage d'une femme ne l'arrêtât dans ses études! Il fut un disciple fervent de la religion protestante, qui tenait la première place dans ses préoccupations.

Ses lettres à ses amis et à Auguste, Electeur de Saxe, constituent la partie la plus importante de ses écrits. Il écrivit aussi quelques histoires et des opuscules sur les événements politiques et sur la religion. Je citerai, par exemple, sa dissertation sur le concile de Trente écrite en 1560; en 1570, son discours à Charles IX, lui demandant, au nom des princes allemands, de restaurer la paix et la liberté religieuse. On lui attribue faussement, nous l'avons dit, le *De furoribus gallicis* dont l'auteur est François Hotman.

Il écrivit enfin l'ouvrage auquel il doit sa célébrité, le *Vindiciæ contra tyrannos* que nous allons étudier en détail.

Junius Brutus et Hubert Languet.

La question de savoir quel est le véritable auteur du *Vindiciæ contra tyrannos* [1] a fait, comme nous l'avons dit au début de ce chapitre, l'objet de vives controverses.

Sans doute, il y a, dans cet ouvrage, de l'érudition, de l'ordre, de la méthode, qualités qui distinguent un jurisconsulte de valeur Mais les idées qui y sont exposées ont pu, à juste titre, à cette époque, passer pour subversives. On raconte même qu'un certain libraire anglais, nommé Rench, fut condamné à être pendu pour avoir mis cet ouvrage sous presse en même temps qu'un autre livre paru sous le nom de Doleman. Aussi, les catholiques et les protestants s'attribuaient-ils mutuellement la paternité du *Junius Brutus,* voulant soustraire leur doctrine religieuse aux attaques dont cet ouvrage allait être l'occasion.

Le *Vindiciæ contra tyrannos* a été successivement attribué à Hotman, à Théodore de Bèze, à Buchanan. Mais c'est surtout pour la donner à Duplessis-Mornay que l'on a contesté à Languet la paternité de cet ouvrage.

Bayle, à la fin de son *Dictionnaire historique,* consacre tout un chapitre à cette discussion. Il conclut que Hubert

(1) L'édition du *Vindiciæ contra tyrannos* dont nous nous sommes servi est datée de 1579; c'est probablement la première en date. Une seconde édition in-8° porte la date de 1580 (pas de nom de ville). Elle est ordinairement accompagnée du traité *De jure magistratuum in subditos et officio subditorum erga magistros, tractatus brevis e gallico in latinum conversus,* lequel avait paru séparément, en 1580, *apud Joannem Marescallum Lugdunensem,* in-8°.

Le *Vindiciæ* a été souvent réimprimé soit avec le *Prince* de Machiavel, traduit en latin (édition d'Ursel, 1600, un vol. in-12) et dans celle de Leide (1643, in-12), soit séparément (éditions de Francfort, 1608, in-12, et d'Amsterdam, in-12).

A citer encore l'édition de Paris, de 1631, intitulée *Vindiciæ religionis, hoc est decisio theologica politica quatuor quæstionum, auctore Stephano Junio Cella,* in-12; enfin une édition de Leipzig (1846).

Languet à écrit le *Vindiciæ contra tyrannos*. Suivons Bayle dans sa rigoureuse argumentation.

D'après cet auteur, Constant, ministre et professeur célèbre à Lausanne, dans son *Abrégé de politique,* a attribué à Hotman le *Vindiciæ contra tyrannos*. D'Aubigné, lui-même, dans la seconde édition de son histoire [1], raconte que cette opinion a longtemps prévalu.

Grotius, « un des hommes les plus savants du XVIe siècle », attribue l'ouvrage à Duplessis-Mornay, dans un livre posthume imprimé en 1645, sous le titre de *Rivetiani apologetici pro schismate contra votum pacis facti discussio*. Dans un écrit précédent, *Appendix de Antechristo,* il n'avait pas voulu nommer Mornay :

« L'exécrable livre de Boucher, dit-il (p. 59), sur la dépo- » sition de Henri III, roi de France, a été tiré, quant aux rai- » sons et aux expressions, non pas de Mariana ou de Santarel, » mais de Junius Brutus (je sais assez qui c'est; mais puis- » qu'il a voulu être caché, qu'il le soit) et de quelques autres » savants de la même secte. »

Dans une lettre qu'il écrivit de Paris, le 28 février 1643, il est plus explicite : « Je crois avoir écrit, dit-il, que l'auteur » du *Junius Brutus* est Philippe de Mornay et que Louis » Villiers fit imprimer le livre. Je le redis encore parce que » Desmarets prétend que c'est un écrivain inconnu; la chose » est cependant sue de bien des gens. »

Dans une autre lettre, il parle d'un écrivain allemand, nommé Rusdorf, qui a cité Junius Brutus sous le nom de Mornay.

Il est certain, en effet, que Desmarets soutint toujours que Junius Brutus était un homme inconnu et qu'aucun écrivain

[1] Tome I, liv. II, chap. XVII, p. 124.

protestant n'eût voulu prendre la défense de son ouvrage. Il allait même jusqu'à dire que peut-être un jésuite avait écrit ce livre afin de rendre odieuse la religion réformée. « *Forte* » *etiam confictus* (Junius Brutus) *ab aliquo pontificio in* » *odium reformatorum, etc.* ».

Rivet cherche à excuser Duplessis-Mornay, dans le cas où il serait l'auteur du livre. Mais il affirme, bien nettement, que le livre fut imprimé hors du royaume, à l'époque des persécutions et des massacres, alors que Duplessis était très jeune.

A la mort de Simon Goulard, en 1628, Théodore Tronchin, professeur de théologie, faisant l'oraison funèbre de ce ministre, exposa que Henri III, voulant absolument connattre l'auteur qui s'était caché sous le nom de Etienne Junius Brutus, s'adressa à Simon Goulard qui passait pour tout savoir. Celui-ci ne répondit pas, ne voulant pas compromettre les intéressés, mais il paraît qu'il avait vu l'auteur, qu'il savait que l'ouvrage avait été écrit par Languet et que Duplessis-Mornay, en étant devenu possesseur, l'avait ensuite fait imprimer par Thomas Guarin.

Bayle signale des contradictions et des invraisemblances chez les écrivains qui attribuent à Duplessis-Mornay le *Vindiciæ contra tyrannos* et il repousse énergiquement leur opinion.

En 1660, on réimprima à Amsterdam le *Vindiciæ contra tyrannos* et l'éditeur ajouta à ces mots : Stephano Junio Bruto Celta « *sive, ut putatur, Theodora Beza auctore* ». Les Genevois s'empressèrent de protester contre cette accusation qui pesait sur Théodore de Bèze. Le livre de Junius Brutus ne rencontrait que des détracteurs et ses amis craignaient que la mémoire de Théodore de Bèze n'en souffrît. Ils écrivirent aux magistrats d'Amsterdam pour leur donner les preuves de « l'innocence » de Théodore de Bèze.

Un savant professeur de théologie à Utrecht, Gisbert Voetius, fut au courant de ces démarches; il s'intéressa à la question et publia, en 1662, une dissertation anonyme qu'il inséra quatre ans après au quatrième volume de ses thèses, dans laquelle il s'efforce de démontrer que Junius Brutus n'était pas Théodore de Bèze, mais bien Hubert Languet.

Les jésuites, nous l'avons déjà dit, furent des premiers à attribuer à Théodore de Bèze le *Vindiciæ contra tyrannos*. En 1611, le père Coton, parmi plusieurs écrits protestants sujets à blâme, plaça le *Junius Brutus* et écrivit en marge : « *Theodorus Beza, sive Stephanus Junius Brutus, in libro cui* » *titulus Vindiciæ contra tyrannos*, etc. »

Le jésuite Richeome, poursuivant le même but, disait un jour à un de ses adversaires : « Comment excuseras-tu Bèze » qui, caché sous l'équivoque du nom de Junius Brutus, » comme toi sous celui de Anticoton, fait un livre *De la* » *puissance légitime du prince,* etc. ».

Dans un livre intitulé *le Contre-assassin,* paru en 1612, un ministre de Gergeau, nommé David Home, répondait ainsi aux jésuites : « ... Le jésuite, en affirmant que c'est Théo- » dore de Bèze (Stephanus Junius Brutus), sans apporter la » moindre petite conjecture du monde de son dire, ment » jésuitiquement, c'est-à-dire effrontément, etc... Dans les » écrits de M. de Bèze, il ne se trouve pas un mot de conseil » de tuer les tyrans, etc. »

Puis plus loin : « Voilà des paroles de M. de Bèze qui » démentent assez le jésuite l'affirmant être l'auteur de ce » traité qu'il produit sous le nom de Junius Brutus, qui n'a » nulle conformité avec celui de Théodore de Bèze, et qui » est en apparence le vrai nom de l'auteur, vu qu'il y a plu- » sieurs hommes doctes portant le surnom de Junius. »

D'autres jésuites encore attribuèrent à Théodore de Bèze

le *Junius Brutus*. Mais ces appréciations dictées, nous devons le dire, plus par le désir de nuire aux protestants que par le souci sincère de la vérité, n'ont pas grande importance.

Quoi qu'il en soit, il est certain que les amis de Théodore de Bèze le défendirent vigoureusement contre ce qu'ils considéraient comme une accusation calomnieuse et je dirai presque déshonorante. Il est facile de prouver, disaient-ils, que Théodore de Bèze n'est pas l'auteur de ce livre, car un homme aussi savant et aussi sage ne serait pas venu affirmer dans un ouvrage le contraire de ce qu'il avait enseigné dans un autre. Il déclare que l'on doit se soumettre aux magistrats et ne parle jamais, comme Languet, de la déposition et du meurtre des princes. Il dit même qu'il n'a été donné aux particuliers sujets d'un tyran d'autre remède que les prières et les larmes : « Nullum aliud remedium proponitur privatis » hominibus tyranno subjectis præter vitæ emendationem, » preces et lacrymas [1]. » Sans doute, ils pourront désobéir aux ordres d'un prince contraires à la loi de Dieu, mais ils n'auront pas le droit de lui résister les armes à la main. Il a même écrit un livre *De hereticis a magistratu puniendis*, mais non pas *De magistratibus ab hereticis puniendis*.

Quant à croire, comme l'ont insinué de nombreux protestants, que le *Vindiciæ contra tyrannos* est l'œuvre d'un jésuite, il n'y faut pas songer. C'est surtout au jésuite Persons qu'on l'a attribué, et cela parce qu'un libraire anglais, dont nous avons déjà parlé, l'avait édité en même temps qu'un ouvrage de ce jésuite. Bayle fait avec raison remarquer qu'il est inadmissible qu'un jésuite anglais eût pu écrire le *Vindiciæ contra tyrannos* sans rien dire qui se rapportât à l'Angleterre.

[1] *Confessio Fidei christianæ*, ch. v.

Il résulte de ces considérations de Bayle sur l'origine du *Vindiciæ contra tyrannos,* ce que nous avons déjà dit et ce que nous aurons encore l'occasion de démontrer, au cours de cette étude, que les protestants, au xvie siècle tout au moins, n'ont pas eu une théorie politique qui leur fût propre. A cette époque, les mêmes écrivains qui soutenaient le droit du peuple, se déclaraient aussitôt partisans du pouvoir absolu si la situation se modifiait, c'est-à-dire si le pouvoir « despotique » venait à être exercé en leur faveur et si surtout le parti adverse en souffrait.

C'est ce que dit très bien Bayle à la suite de cette discussion sur l'origine du *Vindiciæ contra tyrannos :*

« L'œuvre de Hubert Languet a plusieurs beaux côtés et » on la peut soutenir par tant de raisons plausibles qu'il ne » faut pas trouver étrange que, non seulement les esprits » factieux, bouillants et brouillons l'aient soutenue, mais » aussi plusieurs personnes de grand jugement et d'une vertu » exemplaire.

» Ce qu'il y a de blâmable, c'est qu'assez souvent, les » mêmes personnes qui écrivirent pour le droit du peuple, » écriraient pour la puissance arbitraire si les affaires chan- » geaient, c'est-à-dire si le pouvoir despotique venait à être » exercé en leur faveur et au grand dommage d'un parti » qu'elles haïraient. »

Il est une appréciation qui a beaucoup de prix et que nous ne devons pas passer sous silence : c'est celle de Charlotte Arbaleste de la Borde, épouse de Mornay, qui a écrit ces propres paroles : « Ils feurent M. de Buhy et » M. Duplessis à Jametz, jusqu'à la mort du roi Charles qui » feut au moys de may ensuivant (1574) et passoit son » temps, M. Duplessis, à faire quelques escritz, entre autres, » *il fit en latin un livre intitulé :* « De la puissance légitime

» d'un prince sur son peuple », *lequel a esté depuis imprimé » et mis en lumière*, sans toutefois que beaucoup en ayent » seu l'autheur [1]. »

Or, n'oublions pas que la femme de Mornay connaissait l'amitié et les sentiments intimes de son mari et de Languet, qu'elle avait assisté aux derniers moments de Languet, qu'en un mot elle avait été en situation de pénétrer le mystère qui entourait le véritable auteur du *Junius Brutus*.

Du reste, à certains points de vue, le sujet du *Vindiciæ* est tel qu'il eût pu être traité aussi bien par Duplessis que par Languet. Ils étaient tous les deux partisans du droit de résistance contre les tyrans et de l'intervention de l'étranger dans les affaires de leur pays, puisqu'ils louèrent les huguenots d'avoir appelé les princes allemands à leur secours et engagèrent même, Languet notamment, les princes allemands à intervenir dans les affaires de France [2].

A cette assertion il convient cependant d'opposer un argument d'une très grande force tiré de la *Vie de Philippe de Mornay* que publia, en 1647, son secrétaire David de Ligues, d'après les *Mémoires* de Mme de Mornay. Nulle part David de Ligues ne reproduit l'affirmation de Mme de Mornay; une semblable omission serait inexplicable si réellement Mornay était l'auteur du *Vindiciæ contra tyrannos*.

L'erreur de Mme de Mornay peut s'expliquer par le fait que son mari a été l'éditeur de l'ouvrage écrit par son ami Languet.

M. H. Chevreul, dans son *Hubert Languet* (2e édit., p. 172) combat l'opinion de Mme de Mornay et émet l'avis que le manuscrit du *Vindiciæ* fut remis à Duplessis-Mornay, lequel le livra

(1) *Mémoires de Mme de Mornay*, I, p. 81, édit. de 1824 ou de 1868-69.

(2) M. Waddington, dans une thèse soutenue devant la Faculté des lettres de Paris, en 1888, attribue plutôt à Mornay qu'à Languet le *Vindiciæ contra tyrannos*.

à Thomas Guarin, imprimeur à Bâle, après la mort de l'auteur. Mornay aurait composé la préface de l'ouvrage sous le nom de Cono Superantvus Vasco.

Dans les *Remarques critiques sur le Dictionnaire de Bayle*, publiées par l'abbé Joly, Le Clerc fait une acerbe et longue critique de la dissertation de Bayle sur le livre de Junius Brutus. Il reproche à Bayle d'avoir insisté beaucoup sur le témoignage de Tronchin, et très peu sur celui de Grotius « qui n'était pas inférieur au même Tronchin, ni en sçavoir, ni en jugement, ni en liaisons avec les sçavants ». Or Grotius, nous l'avons vu, affirme que Duplessis-Mornay est l'auteur du *Vindiciæ*.

Le Clerc invoque encore, pour attribuer à Mornay la paternité de cet ouvrage, l'affirmation de d'Aubigné, lequel aurait reçu de la bouche même de Mornay l'aveu qu'il était bien l'auteur du *Vindiciæ*. Or Mornay, dit Le Clerc, est un homme d'honneur, incapable de travestir la vérité. Il conclut donc que les arguments en faveur de sa thèse sont beaucoup plus solides que ceux que l'on invoque en faveur de la thèse opposée. Le *Vindiciæ* a été écrit par Mornay, et Languet est l'auteur de la préface.

L'abbé Joly, dans les notes dont il fait suivre la dissertation de Le Clerc, critique certains de ces arguments. Le Clerc lui-même fait des aveux qui en diminuent singulièrement la portée. Il reconnaît que d'Aubigné, qui lui fournissait une de ses meilleures preuves, modifia son opinion par la suite. Il avoue ensuite que le style de Junius Brutus est conforme à celui de Languet dans ses lettres, et qu'on aurait vu à Lausanne des pages du *Vindiciæ* écrites de la main de Languet. Le Clerc cite enfin un certain nombre d'auteurs qui attribuent l'ouvrage à Languet : Baillet, de la Monnoye, du Pin, de la Marc, Jean Fabricius et le P. Niceron qui a écrit la vie de Languet au tome III de ses *Mémoires*.

On voit que les arguments contraires à la thèse de Bayle sont loin d'être inattaquables. Ils se trouvent souvent détruits par ceux-là mêmes qui les produisent.

L'opinion de Bayle sur le véritable auteur du *Vindiciæ contra tyrannos* nous paraît devoir être acceptée. Assurément ce traité de la souveraineté est une œuvre de parti, comme du reste la plupart des écrits, protestants ou catholiques, de cette époque troublée. Malgré les précautions qu'il prend pour ne pas être considéré comme un révolutionnaire, Languet, nous le verrons, aboutira aux conséquences extrêmes de la doctrine démocratique, puisqu'il arrivera à reconnaître à un simple particulier le droit de tuer le « tyran. »

Les contemporains de Junius Brutus et l'auteur lui-même ne se méprenaient pas sur le sens et la portée du *Vindiciæ contra tyrannos;* aussi comprend-on, d'une part, que l'écrivain ait voulu garder l'anonymat et, d'autre part, que les fanatiques des deux partis en présence se soient mutuellement attribué la paternité d'un ouvrage qui leur paraissait de nature à troubler dangereusement l'Etat et par suite à jeter auprès des gens raisonnables un grand discrédit sur la faction religieuse qui avait pu le produire.

La vie d'Hubert Languet nous l'a montré très mêlé au mouvement réformiste, allant même jusqu'à appeler l'étranger au secours des protestants français. Or le *Vindiciæ contra tyrannos* est assurément l'œuvre d'un protestant fanatique; cet ouvrage contient en outre toute une théorie sur le droit d'intervention de l'étranger dans certains cas. Ne sont-ce pas là, ajoutés aux arguments que donne Bayle pour refuser à différents écrivains la paternité du *Vindiciæ contra tyrannos,* des raisons qui ont une grande importance? Ajoutons enfin que cet intéressant ouvrage ne peut être que l'œuvre d'un jurisconsulte; nous y verrons des raisonnements très justes

sur la solidarité dans les contrats et l'action de tutelle notamment, qui dénotent des qualités qu'Hubert Languet, professeur de droit, possédait à un degré éminent.

Un mot sur la date de l'ouvrage et sa traduction.

Haag, dans son ouvrage intitulé la *France protestante*, doute de l'authenticité de la date du *Vindiciæ* (1579) et de sa traduction (1581), mais il reconnaît que sûrement ce livre a dû être écrit sous l'impression des massacres de la Saint-Barthélemy. Rien ne prouve que le traducteur soit bien François Etienne, bien que cette opinion soit généralement admise ; peut-être est-ce Languet lui-même.

Ces questions n'ont pas, à notre avis, une grande importance. Il importait avant tout de déterminer quel est le véritable auteur du *Vindiciæ contra tyrannos*, puisque c'est plus spécialement de l'étude de cet ouvrage que nous nous proposons d'induire le véritable caractère des doctrines protestantes dans la période qui suivit la Saint-Barthélemy. L'ouvrage est de Languet, il a été écrit sous l'impression des massacres de la Saint-Barthélemy, il reflète très exactement les idées politiques des protestants à cette époque. Cela nous suffit.

La méthode et l'objet du « Vindiciæ contra tyrannos ».

C'est dans la préface et dans les premières pages de son livre qu'Hubert Languet expose et l'objet de son étude et la méthode qu'il entend suivre. Il veut ramener à des principes premiers et évidents le pouvoir des princes et le droit des sujets, tracer à l'un et à l'autre des limites déterminées que l'on ne puisse franchir, et pour arriver à déterminer ces limites l'auteur emploiera la méthode la plus rigoureuse, la méthode géométrique : « Principum imperium et jus populorum ad sua

» legitima certaque principia referre; intra certos fines utro-
» rumque postestatem conclusum iri, quos ultra citraque recta
» reipublicæ administratio plane, non possit consistere. »

Languet ne se méprenait pas sur l'accueil qui allait être fait à son livre. Il savait que ses idées étaient manifestement contraires aux « fausses maximes » du Florentin Machiavel « le guide du gouvernement des affaires d'Etat ». Il faut dépouiller les formes fardées de l'Etat telles que nous les représentent les disciples de Machiavel et rechercher la véritable physionomie du gouvernement, celle que nous avons connue sous les princes vraiment vertueux.

Pour Languet, les doctrines de Machiavel sont la cause, peut-être la plus directe, des troubles qui agitent le pays, car on y trouve le fondement de la tyrannie. Il importe de ramener le pouvoir des princes et le droit des peuples à certains premiers principes et de les renfermer dans des limites qui découlent de ces principes. En agissant ainsi, on aura bien vite rejeté les préceptes de Machiavel.

C'est une opinion assez généralement répandue, même chez les princes chrétiens, qu'ils ont une puissance sans limites, soustraite même à l'action de Dieu. Certains flatteurs adorent les princes comme des dieux, d'autres, timorés ou contraints, estiment que l'on doit aux princes une obéissance aveugle.

Languet voit dans cette situation une des causes les plus importantes des maux dont souffre l'humanité. En voulant usurper une souveraineté à laquelle ils n'ont pas droit, les princes déplacent les digues qui n'arrêteront plus le torrent. Ils usent d'abord en maîtres des personnes et des biens de leurs sujets, mais ils iront bientôt jusqu'à commander aux consciences : « Ne jugeant pas la terre assez vaste pour eux, ils veulent s'élever davantage et conquérir le ciel même. »

Si les princes ne dépassaient pas les limites qui leur sont

assignées, on ne les verrait pas précipités en bas de leur trône par le juste courroux de Dieu, et le peuple ne serait pas méprisé, pillé, saccagé.

Il est donc très utile aux princes de savoir jusqu'où s'étend leur autorité et aux sujets comment ils doivent comprendre l'obéissance.

Sans doute, les tyrans et les mauvais princes ne veulent pas avoir cette préoccupation, ils entendent que tout leur soit permis; les lois et les raisons ne peuvent que leur être odieuses. Mais il n'en sera pas de même des bons princes. Languet les avertit que, s'il lui arrive de dire des choses désagréables aux mauvais princes, ils veuillent bien ne pas s'en émouvoir : « Plus les tyrans sont avilis, plus la gloire des rois apparaît magnifique; blâmer les uns c'est louer les autres. »

Languet déclare du reste qu'il n'a aucun souci de l'opinion des tyrans : « C'est contre eux et non pour eux qu'il écrit. »

Il est sans inquiétude, car la différence est grande entre les rois et les tyrans; il oppose les premiers aux seconds, comme les bergers, les médecins et les prophètes aux loups, aux empoisonneurs et aux faux docteurs. Si les flatteurs, à la lecture de cet ouvrage, froncent le sourcil, les fidèles serviteurs des rois lui donneront leur approbation. « Selon que » le lecteur se trouvera ému de joie ou de dépit, qu'il sache » bien qu'il y aura dans ces sentiments divers les indices de » la haine ou de l'affection qu'il porte aux tyrans. »

Comment Languet parviendra-t-il à découvrir les premiers principes à l'aide desquels il construira son système de la souveraineté? Par les témoignages tirés de l'Ecriture sainte, les préceptes et les enseignements de la philosophie morale, politique et naturelle, par les lois, les avis des jurisconsultes, les édits des empereurs, par l'étude des mœurs et des coutumes des nations.

La méthode de Languet apparaît ici clairement. Il induit de cette étude historique les maximes, les règles qu'il propose aux lecteurs et monte comme par degré jusqu'aux lois les plus générales. En d'autres termes, il ira du simple au composé, des degrés au faîte, des effets aux causes : « ex » effectis et consequentibus causas ei maximas illas propo» sitiones sive, regulas colligit. » C'est une méthode sévère et vraiment scientifique. La vérité ainsi obtenue, tout le monde devra la voir; seuls les hommes de mauvaise foi fermeront les yeux.

Languet arrivera bientôt à cette constatation : il y a des bornes dans l'Etat, que chacun de ses éléments doit respecter; si on outrepasse ces bornes, l'Etat tombe en confusion; de là naît la tyrannie qui engendre la sédition et la guerre civile.

Les tyrans, craignant qu'une atteinte soit portée à leur autorité despotique, affecteront de ne pas voir et de considérer ce livre comme séditieux. Le prince vraiment chrétien et sage s'inspirera des préceptes qu'il contient.

Quoiqu'il y ait de nombreuses imperfections dans l'exécution du *Vindiciæ contra tyrannos,* on ne peut méconnaître cependant qu'il renferme un ordre logique et un certain art de conduire insensiblement de ce qui est évident à ce qui l'est moins.

L'auteur traite en effet l'une après l'autre ces trois questions :

I. Les sujets doivent-ils obéir au prince lorsqu'il commande quelque chose contre la loi de Dieu ?

II. Est-il permis de résister à un prince qui commande quelque chose contre la loi de Dieu ?

III. Est-il permis de résister à un prince qui opprime l'Etat ?

On voit de suite cet ordre logique de l'auteur dont nous parlons plus haut.

Il pose d'abord le droit de non-obéissance, puis le droit de résistance, d'abord dans les limites de la loi religieuse, ensuite au point de vue purement politique. Dans une quatrième question, Hubert Languet se demandera si les princes étrangers ont le droit d'intervenir dans un Etat quand cet Etat est opprimé pour des questions religieuses ou par une tyrannie manifeste. Nous savons déjà quelle est la réponse d'Hubert Languet. Il négocia à diverses reprises avec les princes allemands au profit des protestants français.

CHAPITRE IV

DE L'ORIGINE DE LA SOUVERAINETÉ

L'idée de contrat. — Théorie des droits individuels.

L'idée qui est affirmée dans le *Vindiciæ contra tyrannos* pour expliquer la souveraineté dans son origine, dans sa délégation et dans son étendue, est cette idée qui n'est pas tout à fait nouvelle et qui fera fortune dans le XVIIIe siècle pour triompher bruyamment à la Révolution française, l'idée de contrat. C'est, en effet, par un contrat, ou plutôt par un double contrat, que Languet implique l'origine et le caractère de la souveraineté et l'établissement dans le monde de l'autorité politique.

M. Paul Janet, dans son intéressant ouvrage sur la *Science politique dans ses rapports avec la morale,* déclare qu'avant Languet cette idée de contrat n'avait pas encore été mise en lumière. Il importe de distinguer. Assurément, dans les siècles précédents, l'idée de contrat n'a pas été envisagée telle que la comprend Languet, telle que la défendra plus tard, dans une langue merveilleuse, Jean-Jacques Rousseau; mais des écrivains politiques d'une autorité indiscutable ont déjà affirmé que le pouvoir politique trouve son origine et ses limites dans un contrat. Le système féodal n'est-il pas lui-même l'application de cette idée?

Voyons ce qu'il y a de vrai dans l'opinion de M. Paul Janet :

Après Charlemagne, la notion romaine de l'Etat disparaît, l'empire se désagrège, et, du haut en bas de l'édifice social, les rapports seront réglés par des contrats.

Déjà, depuis la fin du VIe siècle, apparaissent nettement les signes de la transformation qui va s'opérer ; il nous suffit de citer le serment de fidélité, les concessions d'immunités et le sacre des rois carlovingiens.

Le serment de fidélité était une habitude contemporaine de l'établissement de la monarchie mérovingienne. Il était d'abord prêté par les grands à l'avènement d'un nouveau roi. Peu à peu, la pratique se généralisa ; elle se précise à l'époque carlovingienne. La pratique du serment va donner naissance à l'idée de contrat.

Bientôt on ne considérera pas, dans les individus qui prêtent le serment, des sujets, on y verra des fidèles. Il n'y aura plus entre le prince et les sujets des rapports de supérieur à subordonné, mais des rapports de cocontractants ; l'autorité princière trouvera son origine et par là même son étendue dans un véritable contrat.

Du reste, les concessions d'immunités allaient réaliser cette idée. Par ces concessions, les princes mérovingiens et carlovingiens, pour s'assurer la fidélité de leurs sujets, promettaient à de grands propriétaires que les officiers du roi ne pénétreraient pas sur leur domaine. C'était une sorte de démembrement contractuel de la souveraineté. Peu à peu on s'habituera ainsi à voir l'autorité traiter, contracter sur la souveraineté ; en un mot la souveraineté deviendra contractuelle.

Enfin, dans la formule du sacre, usage pratiqué depuis Pépin le Bref, il est dit que le roi n'est roi qu'en vertu des promesses qu'il fait à l'Eglise et à ses sujets.

L'Eglise influera surtout sur la propagation de cette idée, et

les événements lui donnaient une merveilleuse autorité. Après Charlemagne, l'empire est démembré, les guerres intestines éclatent, le trouble règne partout; l'autorité politique affaiblie ne peut plus protéger les individus, n'ose plus leur donner des ordres, est impuissante à faire respecter ces ordres. Et c'est le moment où l'on a le plus besoin de protection et d'autorité. L'Eglise, dont l'influence morale est immense, va s'efforcer de rétablir l'autorité politique, en plaçant à sa base la conception contractuelle, et tous lui obéiront.

Cette idée de contrat que nous allons étudier longuement chez Hubert Languet n'est donc pas nouvelle au XVIe siècle, puisque tout le système féodal repose sur elle. Elle a même eu ses théoriciens et ils n'ont guère été dépassés dans la précision de leur exposition, dans la logique de leur raisonnement.

L'influence de saint Augustin est considérable jusqu'au XIIIe siècle.

C'est chez ce Père de l'Église que les défenseurs de l'idée du contrat vont chercher leur inspiration [1]. L'influence de l'Église s'est personnifiée à cette époque dans un archevêque célèbre, Hincmar, qui vécut à Reims de 802 à 882. D'après Hincmar, comme d'après saint Augustin, il n'y a point un roi et des sujets; il n'y a que des chrétiens égaux en Jésus-Christ, par leur origine, leurs obligations, égaux sur cette terre comme ils le seront dans la cité de Dieu. Dans la société humaine, tous, roi, grands et petits, travaillent sous la direction de l'Église à la paix, à la *concordia,* pour l'amour de Dieu et des âmes. Le prince n'est pas un personnage supérieur aux

(1) Voici les principaux textes de saint Augustin relatifs à l'idée du contrat : *De civitate Dei,* t. XIX, ch. V, XIII, XIV. — *Epistola ad Marcellinum,* œuvres complètes, n. 138. — V. encore E. Bourgeois, *le Capitulaire de Quiercy-sur-Oise,* p. 283.



autres; il fait partie de la société et, comme tous les individus qui la composent, il a des droits et des devoirs; il est aussi rigoureusement soumis à l'accomplissement de ses devoirs que les individus eux-mêmes. En un mot, l'autorité politique du Prince ne repose pas sur un droit propre qui lui appartient, mais sur des contrats mutuels par lesquels le roi s'engage vis-à-vis des individus à les juger, les administrer et surtout les protéger, et les individus, vis-à-vis du roi, à obéir [1].

Cette idée apparaît nettement dans les textes législatifs de la seconde moitié du IXe siècle et de la première moitié du Xe. Charles le Chauve, sur le point de quitter son royaume et d'aller guerroyer en Italie, publie en 877 le célèbre capitulaire de Quiercy-sur-Oise, tout à fait caractéristique au point de vue qui nous occupe. Le roi demande à ses fidèles des promesses précises; en retour, il prend lui-même des engagements formels, il contracte des obligations, il déclare qu'il ne portera pas atteinte aux offices et bénéfices détenus par ses fidèles. Enfin, le caractère héréditaire de la monarchie disparaît souvent; les derniers princes carlovingiens furent soumis à l'élection.

Nous avons déjà dit que la conception contractuelle ne fut pas seulement introduite dans les rapports des individus avec l'autorité politique; elle régna dans toutes les classes de la population. La *concordia* est le but inconscient mais réel auquel tendent tous les hommes; elle ne pourra être assurée que par des contrats librement intervenus. Tout le système féodal repose sur cette idée.

L'influence de saint Augustin se fit encore sentir pendant tout le cours du XIe et du XIIe siècle. L'idée de contrat se trouve exposée d'une manière très claire dans l'ouvrage d'un

[1] Hincmar, *De regio ministerio*, Patrologie latine, CXXV, col. 838.

théologien très peu connu qui vivait à la fin du XIe siècle, Manegoldus. Il serait né en 1060 et mort au commencement du XIIe siècle [1]. Dans un livre intitulé *Liber ad Gebetardum,* l'auteur soutient que le peuple seul a qualité pour élever un homme à la dignité d'empereur ou de roi. Le Prince doit gouverner régir conformément à la raison, distribuer à chacun le sien, assurer la justice à chacun. S'il viole le pacte auquel il doit son élection, il délie par là même le peuple de son devoir d'obéissance.

Au XIIIe siècle, l'idée contractuelle disparaît, l'autorité politique se reconstitue sur le modèle romain ; c'est la période d'affaiblissement de la féodalité et de reconstitution du pouvoir royal.

Saint Thomas, l'écrivain qui résume toute la science du XIIIe siècle, est très éloigné de reconnaître au pouvoir politique une autorité sans limite : il est même allé très loin dans l'affirmation d'une doctrine démocratique. Pour le célèbre auteur de la *Somme théologique,* les pouvoirs de l'autorité politique sont déterminés par la fin à laquelle elle est destinée. On reconnaît de suite ici l'influence d'Aristote. Quelle est la fin de l'homme ? C'est la recherche du bonheur réalisé par la justice; la société aura la même fin puisqu'elle n'est faite que de l'ensemble des individus. Le rôle de l'Etat apparaît nettement : l'Etat a pour mission d'assurer ce bonheur vers lequel tend la société, et il se trouve limité dans ses pouvoirs par cette nécessité. Une loi est tyrannique quand elle n'est pas conforme à la justice, c'est-à-dire quand elle a en vue la satisfaction d'un intérêt propre au détriment des intérêts généraux.

Quelle est l'origine du pouvoir ? Saint Paul a dit : « *Omnis*

(1) Pertz, *De lite imperatorum et pontificum,* t. I, p. 308.

potestas a Deo. » Saint Thomas distingue le pouvoir en soi et le pouvoir dans telle ou telle condition ; ce qui vient de Dieu, c'est le pouvoir en soi ou ce qu'il y a d'essentiel dans l'idée de pouvoir et d'autorité. Dieu, sans doute, commande d'obéir au pouvoir, mais l'institution politique reste toujours de droit humain. Nous trouverons la même distinction dans Hubert Languet.

La souveraineté appartient à la multitude tout entière ou à celui qui la représente. Dans tout bon gouvernement, tous doivent avoir une part au gouvernement : « *Ut omnes aliquam partem habeant in principatu.* » C'est là assurément le principe démocratique, mais il convient d'ajouter que saint Thomas s'est bien gardé d'admettre ce principe tel que l'affirmera Rousseau, tel qu'il triomphera avec la Révolution française. S'il conteste au prince une autorité qu'il tiendrait d'un droit divin, ce n'est pas pour reconnaître au peuple cette même autorité. La souveraineté populaire elle-même est limitée, et si l'autorité politique vient du peuple, le peuple ne pourra l'exercer que dans certaines conditions et dans des limites rigoureusement déterminées.

Nous savons que l'observation de la justice est la grande loi qui doit régir les rapports des individus entre eux et des individus avec l'autorité. Quels sont les devoirs des sujets d'un gouvernement injuste ? Doivent-ils obéir ? Peuvent-ils résister ? Saint Thomas répond qu'un gouvernement n'a pas le droit de se faire obéir quand il donne un ordre contraire à la Loi de Dieu. Languet posera la même question et répondra de la même façon.

Dans l'ordre purement humain, y a-t-il une limite à l'obéissance des sujets? Ici encore nous allons trouver une ressemblance étroite entre Hubert Languet et saint Thomas.

Il faut considérer dans le pouvoir politique, outre son

essence, deux choses : 1° le mode d'acquisition; 2° l'usage. Distinguons le pouvoir légitime et le pouvoir sans titre. Dans le premier cas, même si le pouvoir est tombé dans des mains indignes, il vient de Dieu et les sujets doivent obéissance. Dans le second cas, les sujets ne sont pas tenus à l'obéissance, un pouvoir politique né de l'usurpation n'a pas le droit de s'imposer à eux et ils peuvent le renverser : « Même » en destituant le tyran, le peuple ne lui manque pas de fidé» lité, même au cas où il se serait auparavant soumis à lui » pour toujours, car le prince, en ne s'acquittant pas fidèle» ment de la fonction royale, a mérité que le pacte fait entre » lui et ses sujets ne soit pas observé à son égard [1]. »

En résumé, le peuple qui confère aux princes un pouvoir qui, en soi, vient de Dieu, a le droit de le leur retirer dans certains cas. C'est par ce côté de sa doctrine que saint Thomas peut passer pour un précurseur des démocrates et en particulier d'Hubert Languet.

Mais, pour être exact, nous allons de suite signaler les différences profondes qui séparent saint Augustin, Hincmar et saint Thomas d'Hubert Languet, de Jean-Jacques Rousseau et des écrivains de la Révolution.

A qui, d'après les premiers, appartiendra-t-il de délier les peuples de leur serment de fidélité vis-à-vis des rois, dans le cas où ceux-ci deviendraient tyrans ? A un pouvoir supérieur qui est l'Eglise. L'Eglise excommunie les mauvais princes et les sujets sont *ipso facto* dispensés du devoir d'obéissance.

(1) Voir sur les doctrines politiques de saint Thomas d'Aquin, les ouvrages suivants de cet auteur : *Commentaire sur les sentences de Pierre Lombard*, l. I, distinctio 45, quæstio 1. Œuvres complètes, Paris, 1660, VII, p. 394; *Ibid.*, l. II, distinctio 44, quæstio 1, art. 2, VII.

Somme théologique, 1re partie de la 2e partie, quæstio 90, art. 3 ; quæstio 93, art. 3; quæstio 105, art. 2 (édit. Lachat Vivez, VI). Enfin le *De regimine principum* dont nous parlons plus loin.

Cette démocratie est donc gouvernée par la théocratie. Languet et Rousseau n'ont jamais reconnu ce pouvoir à l'Eglise.

Hubert Languet et surtout Rousseau iront très loin dans l'exposé de l'idée du contrat. Ils justifieront l'Etat par une sorte de consentement mutuel des individus vivant primitivement à l'état isolé et renonçant volontairement à leurs *droits individuels* pour acquérir en échange certains avantages que doit leur assurer le pouvoir politique.

Chez saint Thomas nous ne trouvons pas cette idée *a priori* et facilement reconnue fausse de droits individuels antérieurs à la société elle-même.

Si l'homme, déclare avec raison saint Thomas, était destiné à vivre, comme certains animaux, dans l'isolement, la lumière naturelle de sa raison suffirait à le diriger. Mais l'homme est naturellement un être social ou, comme disait Aristote, « un animal politique ».

L'homme serait-il doué de la parole, cette faculté merveilleuse qui suffit à elle seule pour l'élever au-dessus de tous les animaux, s'il n'était pas appelé à vivre en société ?

« Or, la société ne peut exister que si tous ses membres » sont unis les uns aux autres par un pouvoir supérieur à » chacun d'eux et qui veille au bien commun, tandis que les » individus ne songent qu'à eux-mêmes et que leurs désirs, » leurs intérêts particuliers, les dominent constamment. *Le » pouvoir est donc aussi naturel que la société* et, comme tout » ce qui est naturel vient de Dieu, le pouvoir vient de Dieu. » Nous savons déjà comment il faut interpréter ces derniers mots, mais retenons ceci : « Le pouvoir est aussi naturel que la société (1). »

(1) *De regimine principum*, œuvres complètes de saint Thomas d'Aquin. Paris, 1660, t. XX, p. 724.

Franck, *Réformateurs et publicistes de l'Europe. Moyen-âge et Renaissance.*

Cela veut dire qu'il ne faut pas reconnaître à l'homme des droits antérieurs à la société, puisqu'il n'a jamais vécu qu'en société, et ne peut pas vivre autrement : différence profonde avec les affirmations que nous allons trouver dans Hubert Languet et que Rousseau reprendra pour son compte dans le *Contrat social.*

Puisque nous avons parlé de saint Thomas, n'oublions pas de mentionner ici un curieux écrivain du commencement du XIVe siècle, qui a affirmé aussi, mais beaucoup plus énergiquement, la doctrine démocratique. Dans le *Defensor pacis* (1), écrit en 1327, Marsile de Padoue déclare que le législateur humain est seulement l'universalité des citoyens ou la majorité. Seul un gouvernement suprême reposant sur le nombre doit exister dans une cité ou dans un royaume et ce gouvernement suprême ainsi constitué est sans limites. C'est la doctrine qu'exposera Rousseau et dont se réclameront les hommes de 1793.

L'idée de contrat que défend Hubert Languet n'est donc pas nouvelle, puisque le système féodal en est une application pratique. Nous avons vu aussi qu'elle a eu ses théoriciens. Quand M. Paul Janet déclare que c'est une idée nouvelle, nous savons ce qu'il faut entendre par là. Les grandes doctrines politiques du moyen âge qui reposent sur l'idée de contrat, n'ont pas admis qu'il ait existé des individus avant la société, et que ces individus aient volontairement constitué le pouvoir politique à la suite d'un contrat librement consenti. Cette conception apparaît nouvelle chez Hubert Languet.

Reconnaître à l'individu des droits propres, c'est lui sup-

éd. 1864, p. 56, attribue au moins la 1re partie du *De regimine principum* à saint Thomas d'Aquin.

(1) Marsile de Padoue, *Defensor pacis,* dans Goldast, *Monarchia,* II, p. 154; Francfort-sur-le-Mein, 1614.

poser une existence antérieure à la société, et par conséquent à l'autorité politique elle-même qui ne peut apparaître que le jour où il y a société. C'était bien là l'idée de Rousseau lorsqu'il affirmait que l'homme a vécu isolé, libre et indépendant et que l'autorité politique a été constituée le jour où les individus, faisant abandon d'une partie de leur liberté primitive, ont d'un commun accord décidé de se réunir en société afin d'acquérir la sécurité. Dans ce système l'autorité politique n'est que le résultat du contrat librement intervenu entre les individus et la *constitution* qui crée l'Etat n'est autre chose que ce contrat.

Nous n'avons pas à discuter ici cette idée qui a été longtemps considérée comme un véritable *credo* politique, idée fausse et dangereuse, une des principales causes de tous les troubles qui ont marqué la période révolutionnaire, je dirai même tout le XIXe siècle, qui est un siècle de perpétuelle agitation.

En 1789, la monarchie absolue va devenir une monarchie limitée. Une constitution librement votée déterminera le mode de participation de la nation au gouvernement du pays. C'est ce que la France réclame et le roi y consent.

Il y a à ce moment un progrès incontestable, c'est celui-ci : l'accord s'est fait entre la royauté et le pays sur la nécessité de limiter les pouvoirs du législateur par une loi constitutionnelle précise et de rendre impossible désormais tout acte d'arbitraire. Mais la grande erreur qui a anéanti dès le principe les avantages que l'on était en droit d'espérer de la nouvelle organisation politique est cette conception *a priori* de droits individuels dont on fera la base de toute l'organisation politique et économique.

La théorie des droits individuels conduit nécessairement à la doctrine de la souveraineté populaire illimitée et Rousseau,

qui aboutit à cette conséquence extrême, nous paraît avoir été très logique.

Si l'homme, de sa propre volonté, a créé l'Etat, il n'aura pu abandonner le droit de le renverser dans certains cas. S'il en était autrement, à qui ce droit appartiendrait-il ?

On voit sans peine quelle importance immense a, dans le droit public, cette notion des droits individuels, combien elle influe sur la nature de l'Etat, sa fin, sa stabilité.

Reconnaître les droits individuels antérieurs à la société, c'est affirmer la doctrine démocratique avec toutes ses conséquences, c'est proclamer le droit de résistance, comme on l'a fait en 1791, ou même le droit à l'insurrection, comme on le fera en 1793.

Reconnaître à l'Etat une origine indépendante de ces prétendus droits, l'expliquer par des causes d'ordre naturel, c'est par là même maintenir sa stabilité et sa force.

Languet, précurseur de Rousseau, tel aurait pu être le sujet de cette étude. C'est en effet cette idée des droits individuels qui ressortira de l'étude du *Vindiciæ contra tyrannos,* c'est l'idée que Rousseau proclamera dans le *Contrat social.*

L'ouvrage de Languet est imprimé et publié à Genève. Rousseau est Genevois et étudie à Genève le *Vindiciæ contra tyrannos*. L'un écrira en latin, l'autre en français, dans le français le plus pur ; l'un, pour fortifier ses affirmations, fera appel à l'autorité de l'Ecriture, l'autre se contentera de raisonnements philosophiques ; l'un est un croyant, un fanatique même dont les idées politiques sont étroitement dominées par les passions religieuses, l'autre fait abstraction de toute idée religieuse et ne recherche nullement l'intervention de la divinité dans la formation du contrat social. Mais tous les deux sont des utopistes et ils devaient aboutir aux mêmes résultats, partant des mêmes principes.

Mais Rousseau poussera plus loin cette idée de la souveraineté populaire. Il s'efforcera d'en déduire et il affirmera avec énergie l'inaliénabilité de cette souveraineté. Il soutiendra que le contrat n'entraîne pas abdication de la souveraineté populaire entre les mains du roi. Cette idée de l'inaliénabilité de la souveraineté s'est constamment présentée aux esprits à l'époque de la Révolution. Toute la doctrine de Rousseau devait y aboutir et les hommes de 1789-91-93, imbus des théories du *Contrat social,* s'ils se sont trouvés à chaque instant arrêtés par les difficultés de l'application d'une semblable doctrine, étaient cependant convaincus de son évidence.

Hubert Languet admet, au contraire, que le peuple renonce complètement à sa souveraineté [1]. Le système de Rousseau, en cela très logique, exclut complètement le régime dit représentatif, l'Etat d'après lui étant une volonté et la volonté ne se représentant pas; Languet au contraire expose une véritable théorie de la représentation que nous aurons l'occasion d'étudier en détail.

Mais le principe commun que nous retrouvons chez Rousseau et chez Languet, c'est l'existence des droits individuels, antérieurs même à la société.

Il est vrai de reconnaître cependant que Languet n'a pas exposé toute une théorie des droits individuels comme l'a fait Rousseau. Il ne s'est pas attaché à les énumérer et à les définir, mais l'existence de ces droits ressort de tout son système politique et elle ne saurait être contestée. Il l'affirme

[1] Nous verrons cependant par la suite ce qu'il faut penser de cette renonciation du peuple à sa souveraineté. Ici Languet fait une concession, toute théorique du reste, à ses adversaires, car il admettra plus loin la doctrine démocratique dans toutes ses conséquences y compris le tyrannicide; idée qui exclut bien la renonciation du peuple à sa souveraineté.

du reste à diverses reprises et saisit toutes les occasions de la faire apparaître [1].

Il est certain, dit Languet, qu'à des époques successives, deux contrats sont intervenus dans lesquels le peuple était partie.

Le premier de ces contrats et le plus ancien, est celui conclu entre Dieu et le peuple. Le peuple devenait peuple de Dieu mais il s'engageait à respecter et à défendre la loi de Dieu.

Que prouve ce contrat fait avec Dieu? Il prouve que le peuple avait le droit de contracter et le pouvoir d'exécuter sa promesse, en un mot qu'il est autre chose qu'un serf. Dieu n'a pas fait un contrat avec celui qui n'a pas le droit de promettre. En concluant ce pacte, Dieu a voulu montrer tout à fait clairement : « que le peuple a le droit de faire, de tenir, » d'assurer l'exécution d'une promesse. On raille et on ne » veut pas entendre en justice celui qui a contracté avec un » esclave ou un fils de famille. Ne faudrait-il pas avoir perdu » toute honte pour supposer que Dieu aurait voulu contracter » avec un être qui n'aurait eu aucun pouvoir? [2]. »

N'oublions pas qu'à l'époque où nous nous plaçons, l'autorité politique n'existe pas encore. Dieu crée le peuple pour le placer sous sa loi. C'est bien reconnaître qu'avant cet acte de la divinité il n'y a que des individus, lesquels ont des droits, car sans ces droits, comme le dit très justement Languet, ils ne pourraient pas contracter.

Ce qu'il faut encore remarquer dans le *Vindiciæ contra tyrannos*, c'est que l'auteur cherche à établir historiquement la démonstration et les conditions du contrat purement idéal

[1] Voir à ce sujet les textes de Languet à la page 88 de notre étude.
[2] *Vindiciæ contra tyrannos*, p. 41.

qu'il place à la base de sa conception politique. Mais il diffère dans sa méthode de Machiavel ou d'Hotman. Le premier recherchait dans l'histoire les habitudes des hommes pour y puiser des enseignements, le second voulait rétablir la monarchie dans son état primitif et pour cela étudiait ses traditions. Ils s'inspiraient l'un de l'histoire romaine, l'autre de l'histoire de France. Hubert Languet veut s'appuyer aussi sur l'histoire, mais sur une histoire qui fournisse à la fois des exemples et des principes, qui nous apprenne ce que les hommes ont fait, mais surtout ce que Dieu a voulu qu'ils fissent. Aussi tout son système politique s'inspire-t-il des exemples de l'Ecriture sainte, interprétés à sa façon.

C'est là une différence essentielle entre le *Vindiciæ contra tyrannos* et le *Franco Gallia.*

Dans le premier de ces ouvrages, la Bible constitue l'autorité suprême; ce qui est vrai du peuple juif est vrai du peuple chrétien. L'Evangile a succédé à la Loi; les rois chrétiens aux rois hébreux : les mêmes obligations et les mêmes sanctions subsistent. Le *Vindiciæ contra tyrannos* est tout entier dominé par l'influence religieuse. Languet le déclare nettement dans sa préface : « Nous nous aiderons de ces vraies » et légitimes armes de l'Ecriture sainte..., puis nous en » viendrons hardiment aux mains. Si nos adversaires ne veu» lent pas accepter le contrat, ils témoigneront par là de » leur crainte et se déclareront vaincus d'avance. S'ils ne » veulent pas accepter ces armes, qui sont cependant aussi » bonnes pour les uns que pour les autres, qu'avons-nous » besoin de nous préoccuper d'eux davantage? *Nous avouons* » *franchement et devant tout le monde que nous sommes chré-* » *tien et déclarons ne vouloir aucun rapport avec ceux qui* » *refuseront ces armes : ce sont des gens indignes de vivre* » *et d'habiter avec les autres hommes.* »

Dans Hotman, au contraire, l'action religieuse est nulle : ses autorités, ce sont les chroniques.

Examinons maintenant comment le contrat va permettre à Hubert Languet d'expliquer l'origine de la souveraineté.

Nous avons vu l'explication que saint Thomas donne du texte de saint Paul : *Omnis potestas a Deo*. Il distingue le pouvoir en soi et le pouvoir dans le monde, en quelque sorte objectivé, l'idée de pouvoir et sa représentation dans la nature.

Pour Hubert Languet, le pouvoir en soi est aussi d'origine divine, mais il appartient au peuple d'en conférer l'exercice à un prince librement choisi : « Les princes sont élus par » Dieu, mais constitués par le peuple. Le prince est supé» rieur à chaque particulier, mais inférieur à tous. » C'est bien là la doctrine thomiste.

L'histoire sainte rapporte que Dieu choisit un peuple entre tous les autres, dont il voulut recevoir les hommages. Il fit un pacte avec lui, aux termes duquel Israël s'engageait à demeurer le peuple de Dieu. Cela est écrit dans plusieurs passages du *Deutéronome*.

Dans ce traité, tous les membres du peuple d'Israël prenaient l'engagement de veiller au bien-être de leurs familles sur la terre de Chanaan, de rendre à Dieu le culte qui lui est dû ; car « Dieu voulait avoir une Eglise élevée à jamais au milieu de son peuple (¹). »

« Moïse et les lévites, stipulant au nom de Dieu, réunissent » tout le peuple et lui disent : « Aujourd'hui, ô Israël, sois » le peuple du Seigneur ton Dieu, obéis donc à sa voix » ; et Moïse ajoute : « Quand tu auras passé le Jourdain, six fa» milles seront sur la montagne de Garizim d'un côté, et les

(¹) 27e chapitre du *Deutéronome*.

» six autres sur la montagne d'Hébal, et alors les lévites li-
» ront la Loi de Dieu, promettant toute félicité aux observa-
» teurs et menaçant de toutes sortes de maux les violateurs
» de cette loi. Et tout le peuple répondra : *Amen.* » Ce qui
» depuis fut exécuté par Josué lorsqu'il entra dans la terre
» de Chanaan, quelques jours avant sa mort (1). »

Voilà le premier contrat, conclu entre Dieu et le peuple. Le peuple devient peuple de Dieu ; mais il s'engage à conserver la Loi de Dieu, à soutenir l'Eglise, à briser les idoles. Ce ne sont pas les particuliers qui stipulent, mais l'ensemble du peuple. Aussi « les familles campaient autour de l'Arche » du Seigneur afin que tous conservassent ce qui était com» mis à la garde de tous ».

L'Ecriture sainte enseigne que Dieu règne par sa propre autorité, les rois par délégation ; si le pouvoir de Dieu n'a pas de limites, il n'en est pas de même du pouvoir des rois qui ne règnent que par lui.

Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que Dieu a créé de rien le ciel et la terre ; il en est, à bon droit, le souverain seigneur et vrai propriétaire ; les hommes ne sont vis-à-vis de lui que des colons ou des fermiers emphytéotiques : tous ceux qui détiennent une parcelle quelconque de l'autorité l'ont reçue de lui comme des bénéficiers auxquels il aurait donné l'investiture :

« La terre appartient au Seigneur et tout son contenu, a dit
» le roi David. Dieu voulait que son peuple lui offrît les pré-
» misses de tous les fruits..... Le ciel est le trône du Seigneur,
» dit le roi Salomon, et la terre l'escabeau de ses pieds. »

Dieu est le Roi des rois et le Seigneur des seigneurs, les rois ses lieutenants établis par lui pour juger et gouverner le

(1) *Vindic. c. tyr.*, p. 47.

monde. Il appartient à Dieu de placer les rois sur leur trône et de les en chasser. Aussi le trône des rois est-il appelé trône de Dieu.

Les princes n'ont pas un pouvoir propre; Dieu qui leur a conféré l'autorité peut la leur retirer, Dieu est le souverain maître : « Celui qui choisit un berger pour garder son trou-» peau en demeure néanmoins toujours maître. »

C'est ainsi que les bons rois David, Salomon, Josaphat et autres ont considéré leur autorité; Nabuchodonosor lui-même, quoique païen et puissant empereur, a eu cette juste notion. A Daniel, qui l'appelait roi des rois, il répondait : « Mais ton » Dieu, ô Daniel, est vraiment le Dieu des dieux et le domi-» nateur des dominateurs, donnant les royaumes à qui bon » lui semble, même aux plus chétifs (¹). »

Suivant sa méthode rigoureuse, après avoir établi sa thèse sur l'autorité de l'Ecriture et les exemples qu'elle fournit, Languet cherche l'application de ses idées à une époque plus rapprochée. Il la trouve de suite dans le sacre des rois. « Aujourd'hui, dit-il, au moment du sacre, les rois et les princes chrétiens sont appelés serviteurs de Dieu et on les considère comme destinés à gouverner son peuple. Cela prouve qu'ils sont seulement des lieutenants de Dieu établis sur le trône de Dieu par le Seigneur Dieu lui-même, et les honneurs que l'on rend aux lieutenants s'adressent en réalité à celui qui les a envoyés. »

Nous verrons quelles conséquences nous aurons à tirer de cette idée quand nous étudierons avec Languet la limitation de la souveraineté.

Et qu'on ne dise pas que Dieu a abandonné toute puissance aux rois, se réservant seulement le ciel pour lui, qu'il

(¹) *Vind. c. tyr.*, p. 8.

a partagé son empire avec les grands. Ce sont là des propos de flatteurs et rien de plus. Ce propos est tout au plus digne de cet « exécrable » Domitien qui, nous dit Suétone, voulut être appelé Dieu et Seigneur. Ne lisons-nous pas dans l'Ecriture que Dieu demandera des comptes aux rois et les punira s'ils ne s'acquittent pas de leur devoir? N'a-t-il pas déclaré, du reste, « qu'il ne donnerait pas sa gloire à un autre et que personne n'aurait une puissance qui l'empêche de demeurer toujours souverain? » (1).

Puisque l'empereur, en créant quelques, rois se réserve toujours la souveraineté impériale, puisqu'un roi, comme le roi de France, en donnant le gouvernement ou la possession d'une province à un étranger ou même à son frère ou à son fils, retient toujours pour lui les cas royaux et la souveraineté, comment pourrait-on contester à Dieu cette souveraine puissance sur tous les rois « ses serviteurs et officiers »? (2).

Le système féodal est bien caractéristique. Qu'est-ce que le vassal? C'est un homme que le seigneur suzerain met en possession d'un fief, à charge de combattre pour lui quand besoin sera et de rendre la justice. Le suzerain lui donne des lois, lui impose des conditions auxquelles il est tenu de se soumettre. Il le jure par serment. Il perdra le fief s'il commet une félonie et en même temps tous ses privilèges.

Qu'est-ce que le roi? Un vassal de Dieu qui aura les mêmes obligations vis-à-vis de Dieu que le vassal vis-à-vis de son suzerain. Le roi aussi, investi par Dieu, a mission de rendre la justice, de protéger les bons contre les méchants. Lui aussi devra observer les lois de Dieu, ne jamais s'y soustraire. Au sacre, il promet de s'y conformer, et s'il manque à ses devoirs,

(1) *Vind. c. tyr.*, p. 10.
(2) *Id., id.*

lui aussi, comme le vassal infidèle, perdra ses droits et quelquefois son royaume.

Il en est ainsi même pour les rois païens. Bien qu'ils ne soient pas oints et sacrés par Dieu, ils n'en demeurent pas moins ses vassaux, car ils ont reçu de lui leur puissance : « C'est Dieu seul qui en tout temps établit, affermit ou renverse les rois comme bon lui semble (1). » Isaïe n'appelle-t-il pas Cyrus l'oint du Seigneur et Daniel ne dit-il pas de Nabuchodonosor qu'il a été mis sur le trône par Dieu ?

Voilà le principe nettement posé de l'origine en soi de la souveraineté et de sa nature.

Nous aurons maintenant à voir comment les rois sont institués, c'est-à-dire, la mise en pratique de la théorie que nous venons d'examiner. Dieu impose-t-il les rois au peuple ou le peuple les choisit-il, du consentement de Dieu? Même dans la première hypothèse, Languet ne reconnaîtrait pas aux rois une puissance absolue puisqu'il y a, d'après lui, certaines lois primordiales auxquelles un prince ne peut jamais se soustraire, sans devenir tyran et sans être comme tel chassé par Dieu. Mais ce ne serait pas là une doctrine démocratique et la sanction pratique de cette limitation de la souveraineté n'apparaîtrait pas.

(1) *Vind. c. tyr.*, p. 19.

CHAPITRE V

DE LA DÉLÉGATION DE LA SOUVERAINETÉ

Il résulte du chapitre précédent que l'on peut, en réalité, trouver dans le livre d'Hubert Languet deux sortes de souveraineté.

Languet distingue, d'une façon suffisamment explicite, la souveraineté en soi qui vient de Dieu et n'appartient qu'à lui, et la souveraineté dans le monde, la souveraineté du prince ou le pouvoir politique. Pour employer une comparaison tirée du système de Platon, je dirai qu'il y a, chez l'auteur du *Vindiciæ contra tyrannos, l'idée* de souveraineté qui préexiste au monde sensible et vit au-dessus de lui, et la souveraineté *objectivée, réalisée,* le pouvoir politique, dont nous sentons directement l'influence, pouvoir tangible, personnifié par le prince.

Cette idée affirmée par Languet n'est pas nouvelle. C'est celle que saint Paul a proclamée : *Omnis potestas a Deo.* Au moyen âge, la scholastique l'a vigoureusement défendue. Saint Thomas d'Aquin, nous le savons, l'a exposée et soutenue dans des raisonnements d'une précision et d'une logique incomparables, en en déduisant au point de vue pratique toutes les conséquences.

Hubert Languet, par cette théorie de la souveraineté, se rattache donc aux théologiens du moyen âge. Il est, lui aussi, un théologien spiritualiste. Mais son but, nous le verrons,

n'est pas seulement d'exposer une théorie. L'écrivain protestant ne possède pas la belle indépendance de l'auteur de la *Somme théologique.* C'est un polémiste avant tout et il lui arrivera souvent, quelque juridiques que soient presque toujours ses raisonnements, de passer rapidement à côté d'une objection délicate pour atteindre la démonstration qu'il poursuit, l'affirmation du principe démocratique, à cette époque conforme à l'intérêt des doctrines de la Réforme. Nous l'avons déjà dit, mais nous ne saurons trop le répéter : Mettre la théologie et la politique au service de la religion protestante, tout est là dans la doctrine et l'action des protestants au XVIe siècle.

Ce principe affirmé : *Omnis potestas a Deo,* cette distinction faite de l'idée de souveraineté et du pouvoir politique, Languet recherche historiquement et à l'aide des textes de l'Ecriture sainte, comment l'autorité politique s'est constituée dans le monde. C'est ce qu'il nous faut examiner nous-même avec quelques détails. Nous verrons ensuite quelles conséquences pratiques Languet saura tirer du principe posé.

Nous avons établi que, d'après Languet, la Loi est antérieure au roi, que Dieu, dans un premier contrat, en a imposé l'observation à son peuple. Nous allons voir maintenant comment Dieu a délégué à un prince sa souveraineté et à quel besoin a répondu l'institution de l'autorité politique.

Nous savons déjà ce qu'il faut penser de cette délégation. Nous savons que Dieu, en donnant la souveraineté au prince, se l'est cependant réservée sur tous les hommes. Languet a bien soin d'affirmer que c'est par Dieu que les rois règnent, car c'est lui qui place les rois sur leurs trônes. Nous savons combien Languet trouve dans le système féodal des arguments à l'appui de cette thèse.

C'est dans une seconde alliance que nous allons voir appa-

raître l'autorité politique. C'est pour confirmer le premier contrat conclu entre Dieu et le peuple, c'est pour en assurer l'exécution que Dieu institua les rois. Dans l'institution de la royauté, le prêtre stipule, au nom de Dieu, l'observation de la Loi et la conservation du Temple. Nous verrons tout à l'heure le caractère de cet engagement. Etudions-le d'abord historiquement avec Languet.

L'Histoire sainte nous apprend que lorsque le roi Joas fut couronné, une alliance fut contractée entre Dieu, le roi et le peuple, ou plutôt entre Joad, souverain sacrificateur, le peuple et le roi. Le contrat stipulait que *Dieu serait leur Seigneur à tous*. Nous savons aussi que Josué et tout son peuple firent alliance avec Dieu.

Moïse, sur le point de mourir, propose au peuple assemblé les conditions du contrat et il ordonne que la Loi soit déposée et gardée dans l'Arche d'alliance.

Josué est ensuite nommé chef et conducteur du peuple de Dieu. Saluant son avènement, le Seigneur lui-même l'avertit de ne pas s'écarter de la Loi s'il veut voir régner autour de lui la prospérité.

Josué lui-même veut faire connaître aux Israélites à quelles conditions Dieu lui a donné le pays de Chanaan. Les sacrifices achevés, en présence de tout le peuple, il donne lecture de la Loi. Au nom du Seigneur, il promet au peuple, respectueux de cette Loi, bonheur et prospérité. Il lui prédit, s'il vient à l'enfreindre, toutes les malédictions.

Et ces prédictions se réalisent. Toutes les fois que les Juifs abandonnent le culte de Dieu, ils sont livrés aux mains des Chananéens et deviennent les esclaves de leur tyrannie.

Que devient, au temps des rois, ce contrat conclu entre Dieu et le peuple, du temps des juges?

Saül est nommé roi. Samuel parle au peuple en ces ter-

mes : « Voici le roi que vous avez demandé et élu. Dieu l'a » établi sur vous. Obéissez et servez Dieu, aussi bien vous » que votre roi, autrement vous et votre roi périrez (1). » Cette installation d'un roi n'entraîne donc pas à son profit une aliénation d'un droit de Dieu. Le roi, comme le peuple, est obligé d'observer la Loi; comme le peuple, il sera frappé, s'il ne l'observe pas.

Saül ne tient pas sa promesse : il est renversé. David et plus tard son fils Salomon sont faits rois et le Seigneur dit à ce dernier : « Si tu observes ma Loi, je confirmerai avec toi » l'alliance que j'ai contractée avec David. » Et nous lisons au second livre des Chroniques : « Jamais ne disparaîtra de » devant ma face un successeur de ta lignée, assis sur le trône » d'Israël, pourvu que tes fils gardent ma Loi en suivant ton » exemple. Mais s'ils servent les idoles, je les chasserai de la » terre dont je vous ai donné la possession, etc. (2). »

Ce livre de la Loi qui renferme les conditions fondamentales de ce premier contrat est appelé « Livre de l'alliance du Seigneur ». Nous savons qu'il était gardé dans l'Arche; elle a encore pour titre « Pacte de Dieu avec les enfants d'Israël » (*pactio*).

Ce contrat a-t-il survécu avec l'apparition des rois chrétiens? Nous l'avons déjà dit : l'Evangile a succédé à la Loi et ce qui est vrai des rois juifs l'est aussi des rois chrétiens. Les rois juifs étaient tenus d'observer la Loi, les rois chrétiens doivent adhérer à la doctrine de l'Evangile. C'est l'engagement solennel qu'ils prennent au moment du sacre.

Les rois païens eux-mêmes, s'il ne leur plaît pas de payer le tribut qu'ils doivent personnellement à Dieu, sont tenus de ne pas empêcher leur souverain de recevoir des peuples qu'il

(1) *Vindic. c. tyr.*, p. 39.
(2) *Id.*, p. 15.

a placés sous leur domination les hommages qui lui sont dus. Ils ne peuvent pas s'approprier le pouvoir de Dieu, pas même y porter atteinte. Ils commettraient un crime de lèse-majesté et de tyrannie pour lequel ils seraient impitoyablement châtiés.

Quel est le caractère de ce contrat conclu entre Dieu, d'une part, le roi et le peuple d'autre part? C'est un contrat solidaire du côté du roi et du peuple. Il nous faut nous étendre un peu sur ce point traité par Hubert Languet avec beaucoup de précision, en véritable jurisconsulte.

Le roi et le peuple promettent non pas séparément, mais solidairement. Ils sont en même temps responsables et s'engagent solidairement : « Constituuntur ergo hic duo rei, rex et » Israël, ideoque æqualiter in solidum obligantur. » Dieu, en les envisageant séparément, a considéré ses deux obligés, le peuple et le roi, comme des débiteurs douteux. Tel le prêteur vis-à-vis de l'emprunteur dont il redoute l'insolvabilité; il exige un engagement solidaire de plusieurs pour une même somme, de telle sorte qu'il a le droit d'exiger l'exécution du contrat, la prestation de la chose due, aussi bien de l'un que de l'autre. Dans le contrat solidaire, l'un, en effet, est engagé pour l'autre et un seul pour le tout.

Combien plus prudent doit-on se montrer, quand il s'agit de confier à quelqu'un la garde de l'Eglise, quand l'obligation consiste dans le culte de Dieu! Il eût été bien dangereux de s'en rapporter pour cela à la parole d'un seul homme, exposé aux sollicitations les plus diverses. Aussi, Dieu a-t-il voulu comme débiteur le peuple entier. Le roi répond du salut de l'Eglise, mais le peuple aussi :

« Dans la stipulation dont il s'agit, Dieu ou le Souverain » Sacrificateur stipule : le roi et tout le peuple, c'est-à-dire » Israël, *s'engagent tous deux pour une même cause et soli-*

» *dairement*. Le Sacrificateur leur demande de promettre » que le peuple sera peuple de Dieu et qu'ils veilleront au » maintien du temple, de l'Eglise de Dieu au milieu d'eux, » que Dieu sera purement servi. Le roi répond et aussi le » peuple, non pas séparément mais ensemble — comme les » paroles en font foi — aussitôt et non par intervalle, et pas » longtemps l'un après l'autre [1]. »

Voilà cet engagement solidaire bien défini. Le roi et Israël s'engagent l'un pour l'autre et un seul pour le tout.

Mais Hubert Languet ne s'en tient pas là et il poursuit encore, en jurisconsulte, les conséquences d'un tel contrat :

« Caïus et Titius ont promis solidairement de payer à » Seius, créancier stipulant, une certaine et même somme. » Chacun d'eux est obligé pour soi et pour l'autre stipulant » et le créancier, à son gré, peut demander le tout à l'un [2]. » Le contrat conclu entre Dieu d'un côté, le roi et le peuple de l'autre, a pour obligation la sauvegarde de l'Eglise. Si la convention n'est pas observée par les débiteurs, Dieu en demandera raison à l'un ou à l'autre, mais il s'adressera surtout au peuple, parce que le peuple, qui est une collectivité, ne disparaît pas aussi aisément que le roi, individu, parce qu'aussi, le paiement sera plus facile à obtenir, les débiteurs étant plus nombreux : « *Uter vero negligat, Deus ab alterutro » integram rem petere potest et eoquidem magis a populo » quam a rege* [3]. »

Et qu'on n'invoque pas ici le bénéfice de division qu'accorde la nouvelle constitution de Justinien. Les débiteurs du fisc ne peuvent pas l'invoquer ; comment des débiteurs de Dieu, Roi des rois, le roi et Israël, pourraient-ils en faire usage?

[1] *Vindic. c. tyran.*, p. 37.
[2] *Id.*, p. 37.
[3] *Id.*, p. 37.

Mais l'inexécution de ce contrat qui nous occupe met les promettants en faute (*culpa*). La faute de l'un va nuire à l'autre. Si Israël abandonne Dieu, si le roi n'intervient pas, il est coupable de la révolte d'Israël. De même, si le roi se rend au camp des dieux étrangers (*transfugiat*), si, non content d'adhérer à leur culte, il entraîne avec lui ses sujets, s'efforçant, par tous les moyens, de ruiner l'Eglise, Israël doit le ramener dans le droit chemin, et s'il ne le fait pas, le péché du roi devient le sien propre.

Qu'arrive-t-il si, dans un contrat solidaire dont l'obligation est la prestation d'une somme d'argent, l'un des débiteurs dissipe son bien et devient insolvable? Le créancier, qui ne doit souffrir aucun dommage, s'adressera à l'autre de ses débiteurs, à celui-là même qui aura bien géré ses affaires et le dissipateur se trouvera libéré vis-à-vis de son créancier.

Il en sera de même dans les rapports d'Israël et du roi. Si l'un d'eux sert les idoles ou viole le traité de quelque autre façon, l'autre qui se sera bien comporté aura à payer le tout et se verra châtié pour une faute qu'il n'a cependant point commise.

Fidèle à sa rigoureuse méthode, Hubert Languet, après avoir ainsi posé le principe, en cherche la justification dans les textes de l'Ecriture sainte. En voici un témoignage : Saül est fait roi d'Israël; Samuel, sacrificateur et prophète du Seigneur, réunit le peuple et lui dit : « Vous et votre roi, qui » règne sur vous, saluez le Seigneur votre Dieu. Si vous per- » sévérez à mal agir, *vous et votre roi vous périrez.* » [1] Et il en donne la raison : « Car il a plu à Dieu de vous faire son peuple. » Les deux obligés sont solidaires puisqu'un même châtiment les menace.

[1] *Vind. cont. tyr.*, p. 39.

De même Asa, roi de Judée, sur le conseil du prophète Azarie, assemble dans Jérusalem tout le peuple, dans le but de faire un contrat avec Dieu. Plusieurs des familles d'Ephraïm, de Manassé et de Siméon étaient venues pour servir le Seigneur. Après l'accomplissement des sacrifices, selon la Loi, le pacte est conclu en ces termes : « Quiconque n'adorera pas » le Seigneur, Dieu d'Israël, *qu'il soit le plus grand ou le plus* » *petit,* périra [1]. » Le roi même n'est donc pas soustrait à la punition.

Jusqu'ici nous avons pu voir dans le *Vindiciæ contra tyrannos* qu'un premier contrat a lié le peuple vis-à-vis de Dieu, dès le commencement du monde, et que plus tard, Dieu ayant donné un roi au peuple qui le lui demandait, le roi est venu fortifier l'engagement du peuple vis-à-vis de Dieu, jurer avec lui qu'il observerait et ferait observer sa loi, contrat solidaire du peuple et du roi dont nous venons d'étudier les caractères.

Jusqu'ici Hubert Languet s'est tenu dans un domaine plutôt théorique et philosophique, il ne s'est placé qu'au point de vue religieux, il a cherché à établir que la Loi de Dieu, antérieure au monde sensible, doit être observée ; que les constitutions politiques elles-mêmes ont pour but d'assurer cette observation. Il arrive à cette démonstration à l'aide d'exemples tirés de l'Ecriture sainte, de l'histoire des rois chrétiens, des rois païens même, il tire juridiquement toutes les conséquences de ces faits historiques, le droit civil vient lui fournir des arguments d'une rigoureuse logique.

Mais nous savons qu'Hubert Languet ne va pas s'arrêter là dans ses recherches. Sans doute, c'est un fanatique de l'idée religieuse et il le dit bien haut, il ne comprend pas

(1) *Vindiciæ contra tyrannos*, p. 39.

l'existence d'un peuple d'où l'idée religieuse serait exclue.

Et puis, hâtons-nous de le dire, ces affirmations religieuses sont nécessaires à l'auteur du *Vindiciæ contra tyrannos* pour donner à ses conceptions politiques l'autorité qu'il veut leur voir reconnue.

Languet n'écrit pas seulement pour les théologiens; c'est un pamphlétaire qui bat en brèche avec une extrême vigueur les institutions politiques de son temps, c'est un démocrate qui voudrait établir un état de choses nouveau qui favorise ses convictions confessionnelles.

Mais résoudre cette grave question est très délicat. Au fond Languet n'écrit pas pour un peuple imaginaire, pour une royauté qui ne le touche pas de très près: ce sont les institutions politiques françaises qu'il vise dans ses critiques, mais, nous pourrons le voir, il se défendra constamment de semblables intentions.

Avant d'étudier les droits de l'autorité politique, droits qui dérivent des conditions mêmes de l'établissement de cette autorité, Languet aura soin de mettre le lecteur, et surtout les princes français, en garde contre ce sentiment qu'ils pourraient lui supposer le désir de renverser la Monarchie.

Cette tactique d'écrivains ou d'orateurs politiques qui consiste à ménager ou à flatter même les gouvernements qu'ils voudraient abolir, — et cela pour ensuite y parvenir — a été pratiquée avant Languet et après lui. L'histoire de la Révolution française en est un exemple. A l'ouverture des Etats généraux de 1789, tous les réformateurs sont des partisans résolus de la Monarchie. Louis XVI leur fera toutes les concessions que lui dicte sa générosité, et quelques mois après il est détrôné.

Cette observation, après bien d'autres du même genre, nous rendrait presque sceptique à l'égard de ces réformateurs

« aux bonnes intentions » et nous voudrions voir un gouvernement solidement établi ne les accueillir auprès de lui qu'avec une extrême prudence.

Languet prévient donc le lecteur que la question qu'il va traiter « fera mal au cœur des tyrans et des mauvais princes ». Il espère que les bons princes l'écouteront avec faveur et ne prendront pas pour eux les critiques qu'il va adresser aux mauvais princes. Ces critiques ne doivent pas les atteindre.

Il faut, en effet, distinguer les tyrans et les rois. Les rois doivent se réjouir des attaques dirigées contre les tyrans, car blâmer les uns c'est louer les autres, et la gloire des rois apparaîtra d'autant mieux que l'indignité des tyrans aura été plus châtiée. Le roi est au tyran ce que le médecin est au faux docteur et le berger au loup : les uns guérissent et protègent, les autres empoisonnent et vivent de rapines.

Languet pense avoir de son côté « les vrais et sincères serviteurs des rois »; seuls « les vils flatteurs » songeront à le réprouver et l'auteur va jusqu'à déclarer que « selon que le lecteur éprouvera de la joie ou du dépit en le lisant, il se montrera favorable ou hostile aux tyrans ».

Nous avons déjà vu avec Languet que c'est Dieu qui *constitue* les rois, qui leur donne leur royaume du consentement du peuple. Nous allons rechercher maintenant pourquoi les rois sont institués et sous quelle forme le peuple prend part à leur établissement.

Ces principes posés, apparaîtront ensuite la délimitation des pouvoirs du roi et la sanction de cette délimitation, les deux questions les plus importantes de cette étude.

Une chose est juste et bonne, dit Languet, lorsqu'elle réalise la fin pour laquelle elle est instituée. Nous ne sommes plus ici dans le domaine de la spéculation ou de la théologie : voilà un principe vraiment scientifique.

Mais, immédiatement, notre auteur quitte ce terrain sûr et déclare, sans aucune discussion pour l'établir, que « les hom- » mes aimant de nature la liberté, haïssant la servitude, nés » plutôt pour commander que pour obéir, n'ont volontaire- » ment accepté d'être gouvernés par autrui que pour quelque » grand profit qu'ils en espéraient. Pour obéir aux ordres » d'un tiers, ils ont dû se mettre en désaccord avec la » nature » ([1]).

Dans ces quelques lignes, il y a l'idée fondamentale du *système de Rousseau :* l'homme a vécu à l'état de nature libre et indépendant et il n'a volontairement renoncé à cette liberté que pour acquérir en échange la sécurité dans la société.

« Si le cheval, dit Esope, a abandonné les pâturages où il courait en toute liberté, s'il a souffert un mors dans la bouche et un cavalier sur le dos, c'est pour mieux combattre le taureau. »

Les rois n'ont pas été institués pour leur propre bien, pour la satisfaction de leurs plaisirs. Ils ont été placés sur un trône pour assurer par la force le règne de la justice. Languet cite saint Augustin : « Ceux-là sont maîtres et seigneurs » qui prennent soin du peuple, comme le mari de sa femme, » le père de ses enfants ; les sujets, c'est le peuple que le roi » protège. Si les rois commandent, ce n'est pas animés de » l'unique désir de dominer, mais du devoir d'assurer le » bonheur de ceux qui ont été placés sous leurs ordres. La » charité, l'amour du prochain sont leur raison d'être. »

« Au temps du siècle d'or, dit Sénèque (épître 91) les sages » gouvernaient les royaumes. Ils n'usaient pas de violence et » préservaient les petits de la main des grands... Ils veillaient » à ce que leurs sujets ne manquassent de rien. Leur vaillance

([1]) *Vindiciæ contra tyrannos*, p. 107.

» repoussait les dangers et par leurs bienfaits ils enrichissaient » leurs sujets. Leur devoir consistait à bien gouverner ([1]). »

Le seul but de la domination, c'est le profit du peuple. Le devoir des rois est d'assurer le bien du peuple. La dignité royale, loin d'être purement honorifique, devient au contraire un fardeau pesant; c'est une vocation, « une servitude publique ». On a pu dire avec raison : « Si on savait de quelles difficultés est accompagné le diadème royal, on ne daignerait pas le ramasser, même si on le voyait à ses pieds. »

Lorsque des différends éclatèrent entre les citoyens et des guerres entre les peuples, provoqués par l'exercice de leurs droits de propriété, on chercha quelqu'un qui pût et sût empêcher que la moitié d'une population opprimât l'autre moitié, que la frontière fût envahie par le peuple voisin. On choisissait pour remplir ce rôle difficile le plus estimé par sa vaillance et sa prudence.

Le peuple de Dieu, au début, n'avait d'autre roi que Dieu lui-même. Dieu désignait les juges et les chefs militaires.

Mais un jour le peuple de Dieu ne fut pas satisfait des fils de Samuel et il demanda un roi, à l'exemple des autres peuples. Il dit à Samuel : « Donne-nous un roi qui nous juge comme les autres peuples en ont un. » Rendre la justice, telle est la mission première de la royauté, commander en cas de guerre vient immédiatement après. Aussi, Aristote a-t-il pu dire que du temps des héros, tous les rois étaient juges et capitaines.

Quels noms l'antiquité donne-t-elle aux rois? Les Latins les appellent *reges* parce qu'ils *régissaient* les limites des biens de chacun. Les noms d'*empereurs, ducs, princes* désignent les hommes chargés de conduire les peuples à la guerre. Le

([1]) *Vindiciæ contra tyrannos*, p. 108.

mot grec βασιλευς a la même signification. « Quand le poète
» Homère appelle les rois juges des villes et qualifie Agamemnon de fort et de vaillant, quand Ovide dit d'Erichtée qu'on n'eût su désigner laquelle des deux vertus brillait davantage en lui, ou la justice ou la prouesse, ces deux poètes semblent avoir exactement compris le devoir des rois et des princes [1]. »

A Rome, il y eut un contrat entre Romulus, le Sénat et le peuple. Le peuple devait faire les lois, le roi les conserver; il devait décider la guerre, le roi la diriger, et cette loi fondamentale a subsisté, bien que certains empereurs se soient attribué une puissance absolue. Souvent même, les bons empereurs ont déclaré qu'ils étaient soumis aux lois et qu'ils tenaient l'empire de la volonté du Sénat qui devait être consulté en toutes choses.

Il en est de même dans les Etats modernes. Charles V, de la maison d'Autriche, fut élu empereur sous certaines conditions et aussi ses successeurs. Il devait assurer l'observation des lois existantes, ne pas en édicter de nouvelles sans l'avis des Électeurs et gouverner les affaires publiques avec le concours des Etats. Cela se pratique encore en Pologne, en Bohême, en Hongrie, etc.

Cette stipulation a lieu non seulement dans les royaumes électifs, mais encore dans les royaumes purement héréditaires. Au sacre du roi de France, les évêques de Laon et de Beauvais, pairs ecclésiastiques, demandent au peuple assemblé s'il désire que le prince qu'on lui présente soit roi, et le formulaire du sacre porte que ce prince est alors élu par le peuple.

Le roi jure qu'il respectera tous les droits, privilèges et

(1) *Vindic. c. tyr.*, p. 112.

lois de la France et qu'il n'aliénera pas le domaine. Il jure de ne pas créer de sa propre autorité des impôts, de ne faire ni la paix ni la guerre sans l'avis des Etats, de ne pas porter atteinte à l'autorité du Parlement, des Etats, des officiers du royaume, de respecter les privilèges des villes et des provinces, leurs lois et leurs coutumes. On a conservé la formule du serment des anciens rois de Bourgogne : « Je garderai à tous loi, justice et protection. »

Cette pratique a lieu en Angleterre, en Ecosse, en Suède, en Danemark, mais c'est surtout en Espagne qu'elle est scrupuleusement usitée. En Aragon, les grands qui représentent le peuple disent au roi : « Nous qui valons autant que vous et qui pouvons plus que vous, vous élisons roi à telles et telles conditions. » Et, de trois ans en trois ans, ces mêmes paroles sont répétées. Si le roi ne tient pas sa promesse, il est excommunié et le peuple, au lieu de prier Dieu pour lui, prie Dieu contre lui; il est délié de son serment d'obéissance comme le vassal qui cesse d'obéir à son seigneur excommunié.

C'est une erreur de croire que les rois sont d'une nature différente des autres individus. Ils ne doivent pas à des qualités spéciales de leur race d'être élevés au-dessus des autres hommes. Tous les hommes sont égaux et si les peuples ont voulu être gouvernés par des rois choisis par Dieu, c'est pour assurer le bien commun. Le peuple n'est pas fait pour le roi, mais le roi pour le peuple. Et voici entre mille une preuve de la supériorité du peuple sur le roi : il y a de très nombreux peuples qui vivent sans roi, mais on ne saurait imaginer un roi sans peuple. Le peuple n'est pas un troupeau dont le roi serait le berger. Le peuple et le roi sont de même nature ; c'est le peuple qui a créé les rois et ceux-ci ne peuvent que tenir de lui toute leur autorité et toute leur puis-

sance. D'après l'ancienne coutume, les Français élevaient sur un bouclier celui qu'ils avaient élu et le saluaient roi : « Au » reste, pourquoi dit-on que les rois ont comme une infinité » d'yeux, un million d'oreilles, les mains extrêmement lon- » gues et les pieds très rapides? Est-ce parce qu'ils sont sem- » blables au navire d'Argos, à Geryon, à Midas ou à d'autres » tant chantés par les poètes? Nullement. Cela vient de ce » que tout le peuple que l'affaire intéresse, prête au roi, pour » le bien de l'Etat, ses sens, ses moyens et ses facultés. Que » le peuple s'éloigne du roi, celui-ci s'écroulera aussitôt... en » un instant il sera comme la boue des rues. Au lieu d'être » adoré par tous, il se verra contraint de remplir les fonc- » tions de maître de jeux, il fouettera les petits enfants d'une » école, comme cela arriva au jeune Denis, tyran de Sicile, à » Corinthe. Détruisez la base de ce géant et tout le corps » s'effondre [1]. »

Si le roi n'est rien sans le peuple, nous en devons conclure que le peuple est au dessus du roi.

C'est là l'idée dominante dans le système de Languet. Mais, toujours conformément à sa méthode, ce n'est pas par le raisonnement seul que Languet arrive à formuler sans hésitation cette affirmation hardie. Les textes de l'Ecriture sainte viendront à son aide.

Et d'abord, pourquoi Dieu a-t-il voulu que les rois tinssent leur sceptre du consentement du peuple? Pour une raison pratique. Si les rois reconnaissent que c'est du peuple, après Dieu, qu'ils tiennent toute leur souveraineté et toute leur puissance, tous leurs efforts tendront à assurer le bien du peuple. S'il en était autrement, ils deviendraient bien vite des tyrans.

[1] *Vind. cont. tyr.*, p. 87.

Bien longtemps avant l'établissement des rois, Dieu avait écrit la loi du gouvernement royal. Cette loi est contenue au Xe chapitre du Deutéronome.

« Quand tu viendras, dit Moïse au peuple, dans la terre » que le Seigneur ton Dieu te donne, et quand tu la posséde- » ras, tu diras : J'établirai un roi sur moi comme les peuples » environnants. Alors tu constitueras pour roi celui que le » Seigneur ton Dieu aura choisi au milieu de tes frères, etc. (1). »

Voilà bien l'établissement du roi confié au peuple après son élection par Dieu.

Or, voici comment les choses se passèrent : le peuple d'Israël souffrait d'avoir pour chefs les fils de Samuel ; d'autre part, il comprenait la nécessité de posséder au-dessus de lui une autorité assez forte pour le protéger contre le péril extérieur. Les anciens, qui représentaient tout le peuple, se rendirent auprès de Samuel, lui exposèrent leurs doléances et lui demandèrent un roi. Samuel interrogea le Seigneur qui lui déclara avoir choisi Saül pour roi. Mais Saül ne fut pas imposé au peuple.

Pour bien montrer au roi que c'est le peuple qui l'établit, Samuel convoque les Etats à Marpha et, comme si rien n'eût été fait encore, on vote et le sort désigne la famille de Benjamin, puis celle de Métri et son descendant Saül, celui-là même que Dieu avait élu. « Alors, du consentement de tout » le peuple, dit l'histoire, Saül fut nommé roi. » Plus tard, Saül fut de nouveau proclamé roi par tous les Etats d'Israël.

L'histoire de David est encore plus curieuse.

Pendant la vie de Saül, Dieu nomme David roi d'Israël. Mais David ne peut régner puisque le trône est occupé. Il se voit contraint de se sauver à travers les déserts, exposé aux

(1) *Vindic. c. tyran.*, p. 77.

plus graves dangers. Mais Saül mort, le peuple de Judée le nomme et sept ans après, du consentement de tout Israël, il est sacré roi d'Israël.

C'est de Dieu et du peuple que les rois tiennent leur pouvoir et non pas seulement « de Dieu et de leur épée » ([1]). L'épée, c'est le peuple qui la leur ceint.

Sans doute David est l'héritier naturel de Saül. Mais l'élection a été nécessaire « afin que les rois se souvinssent toujours que le peuple les a élevés à leur dignité et qu'ils ont des devoirs envers celui auquel ils doivent toute leur puissance » ([2]).

Ce n'est pas seulement chez le peuple juif que les rois sont établis par le peuple, après avoir été élus par Dieu ; c'est chez tous les peuples, même chez les peuples païens.

Ainsi à Rome, après la mort de Romulus, comme l'interrègne et le gouvernement des cent sénateurs ne plaisaient pas aux Quirites, il fut décidé que désormais le peuple élirait les rois avec l'approbation du Sénat.

César, sans doute, usurpa le pouvoir, mais Auguste, son fils adoptif, ne se prétendit jamais héritier de l'Empire bien qu'il fût institué tel par testament ; il déclara ne vouloir tenir le pouvoir que du peuple et du Sénat, et il en fut de même de Caligula, de Tibère et de Claudius. Néron était un usurpateur : il fut condamné par le Sénat.

L'hérédité coutumière de la couronne n'est pas un obstacle à la théorie de Languet, car dans les Etats bien organisés le peuple participe toujours à l'établissement du nouveau roi. Les héritiers du royaume ne sont véritablement rois que « lorsqu'ils ont reçu le sceptre et le diadème de ceux qui représentent la majesté du peuple ([3]). »

([1-2]) *Vind. cont. tyr.*, p. 79.
([3]) *Id.*, p. 83.

Qu'est-ce que le sacre, sinon la confirmation du droit du peuple ? C'est à ce moment seulement que les rois sont mis en possession de leur charge par les Etats, les pairs, les seigneurs du royaume et les officiers de la couronne qui représentent tout le corps du peuple. Les honneurs royaux ne sont dus à un prince par les villes du royaume qu'après le sacre et, en France, le règne ne compte réellement que du jour du sacre.

Mais l'histoire nous prouve bien cette supériorité des Etats sur le roi. En France, où cependant la couronne est héréditaire, il est arrivé quelquefois que les Etats préférèrent à un héritier direct un héritier collatéral. Ainsi Louis fut préféré à son frère Robert, comte d'Evreux, et Henri à Robert, neveu de Capet. Quelquefois même le pouvoir a été transporté d'une race à une autre ; il est passé des mérovingiens aux carlovingiens et des carlovingiens aux capétiens.

Que conclure de ces précédents historiques ? Le peuple élit la souche royale, mais en se réservant toujours le droit d'en choisir une autre si la première ne remplit pas sa mission. Les princes, à leur naissance, ne sont pas rois, mais princes du sang. Même à l'heure actuelle, les héritiers de la couronne ne sont rois qu'après avoir été établis par le peuple.

« Le roi est l'administrateur de l'Etat public » et comme tel au-dessous du peuple qui lui a confié cette importante charge. Languet cite un exemple pour bien faire comprendre sa pensée :

Le maître, le propriétaire d'un navire, y place toujours un pilote et des matelots. Le pilote manie le gouvernail et assure la marche régulière du navire ; il a sous ses ordres les matelots. Il a même autorité sur le maître du navire ; et cependant il en est le serviteur, tout comme les autres matelots ; il ne diffère pas de ces derniers par sa nature, mais seulement par

l'importance des fonctions qu'il exerce. Eh bien! dans un Etat, le roi, c'est le pilote, et le peuple, c'est le seigneur du vaisseau, et le peuple obéira à son pilote tant qu'il aura soin du salut public.

Mais qu'est-ce que le peuple, ce souverain que Languet place bien au-dessus des rois, immédiatement après Dieu? Est-ce la multitude, est-ce l'ensemble des hommes qui peuplent un royaume? Est-ce à cette foule ignorante qu'il appartiendra d'établir les rois, de les surveiller, de les destituer? Languet n'ose pas aller aussi loin, et si théoriquement pour lui le peuple c'est l'universalité des citoyens, en fait, il ne reconnaîtra pas à cette foule la souveraineté, mais seulement à ses représentants [1]. Et c'est pour cela que nous trouvons dans le *Vindiciæ contra tyrannos* un véritable essai de gouvernement représentatif. Nous réservons un chapitre à cette intéressante partie du système de Languet.

[1] Ici encore il ne faut pas prendre Languet à la lettre, car des distinctions subtiles que nous étudions plus loin permettront à Languet de reconnaître, même à un simple particulier, le droit de résister et de tuer le tyran. C'est du reste à cette conséquence extrême qu'il voulait aboutir.

CHAPITRE VI

DE LA LIMITATION DE LA SOUVERAINETÉ

Nous avons étudié jusqu'ici, d'après le *Vindiciæ contra tyrannos,* l'origine en soi de la souveraineté; puis, quittant le domaine de la théorie pure, nous avons pénétré dans la pratique; nous nous sommes demandé comment la souveraineté politique s'exerce dans le monde, et nous avons été amené à étudier l'établissement des rois, la participation du peuple à cet établissement.

Nous avons vu, d'après l'auteur, que les rois sont ordonnés par Dieu et établis par le peuple. Nous savons à quelle nécessité répond l'établissement des rois : ils doivent assurer le bonheur du peuple placé sous leurs ordres; ils doivent, pour cela, administrer la justice et repousser les attaques de l'ennemi.

Il nous faut maintenant examiner la question très délicate des limites de la souveraineté. Cet examen nous sera rendu plus facile par l'étude que nous avons déjà faite de l'idée de la souveraineté.

Languet s'efforce d'être toujours très logique. Il pose des principes; on en déduit facilement les conséquences. Les principes, nous les connaissons; nous allons voir maintenant à quelles conséquences ils aboutissent.

La Loi de Dieu.

Une loi existe, antérieure au roi, antérieure au peuple, la Loi de Dieu, contenue dans les deux Tables de Moïse. Dans cette loi l'autorité des princes doit demeurer enfermée comme « en des limites immuables ». La première table comprend nos devoirs envers Dieu, la seconde nos devoirs envers notre prochain. La première est la plus importante. Dans un contrat que nous avons étudié, le Souverain Sacrificateur stipulait au nom de Dieu, en termes exprès, que le roi et le peuple veilleraient à ce que Dieu fût servi selon sa volonté dans tout le royaume de Judée.

Le roi s'engageait à permettre au peuple de servir Dieu, à l'y obliger même, et à rapporter à Dieu l'obéissance dont il serait l'objet de la part du peuple.

Le roi et le peuple s'engageaient donc par serment solennel à servir Dieu avant toute chose. Effectivement, aussitôt après avoir juré l'alliance, Josué et Joas abolirent l'idolâtrie de Baal.

Nous avons vu que chez les rois chrétiens le sacre a perpétué cette tradition.

Cette proposition établie, — et les exemples historiques qui la démontrent abondent, — il importe aux princes, qui veulent se prémunir contre de sérieux dangers, de bien distinguer leur pouvoir de celui de Dieu, de le distinguer avec d'autant plus de soin que les droits de Dieu et du prince s'exercent simultanément sur une même terre, sur un même individu, sur un même bien, et la confusion, qui est facile, peut entraîner des malheurs irréparables.

La composition de l'homme en un corps et une âme va permettre à Languet de préciser sa distinction. Dieu a formé le corps et inspiré l'âme en lui; lui seul donc pouvait s'ap-

proprier le corps et l'âme de l'homme. Mais il a bien voulu permettre aux rois d'user des corps et des biens de leurs sujets à la condition d'en bien user.

Mais les rois n'ont aucun tribut sur les âmes. Le roi perçoit le cens ou le tribut du corps et des biens acquis par le travail. Dieu exige son tribut de l'âme. Dans le tribut du roi sont compris les fruits de la terre, les contributions en deniers, les autres charges réelles ou personnelles. Le tribut de Dieu comprend les prières, les sacrements, les prédications de la doctrine, en un mot ce que l'on appelle le service divin, privé ou public.

Ces deux tributs sont absolument distincts, l'un ne saurait nuire à l'autre : « Le fisc de Dieu n'ôte rien à celui de César; chacun a un droit séparé. » David a bien réalisé cette distinction lorsqu'il a créé des officiers pour le droit de Dieu et d'autres pour le droit du roi.

Les consciences sont le domaine exclusif de Jésus-Christ et les princes dépassent les limites de leur souveraineté quand ils prétendent leur commander.

Nous compléterons cette étude de la limitation de la souveraineté par la Loi de Dieu quand nous étudierons la sanction de la limitation de la souveraineté.

La Loi humaine.

La souveraineté royale trouve une seconde limitation dans l'existence des droits du peuple, droits qui sont imprescriptibles. Si les grands, nous l'avons vu, ont laissé peu à peu s'invétérer la tyrannie, leur faiblesse ne peut préjudicier au peuple.

Le temps ajoute aux torts du roi, mais ne peut rien contre les droits du peuple : « *Nec demunt anni quidquam juri*

populi, sed addunt injuriæ regis (1). » Les grands, s'ils sont de connivence avec le roi, tombent sous le coup des peines portées contre les prévaricateurs.

L'esprit juridique se combine dans Hubert Languet avec l'esprit biblique. Le droit civil sert d'introduction au droit politique. Languet détourne de leur sens habituel les idées de contrat, d'action, de prévarication, pour les faire servir aux rapports des rois et des sujets. Mais il ne faisait en cela que suivre l'exemple des jurisconsultes qui, pour établir la théorie du pouvoir royal, se servaient du droit romain (explication de la souveraineté par la définition du droit de propriété).

L'empire, nous l'avons vu, n'est pas un honneur mais une charge; c'est une mission, une servitude publique; sa fin, c'est l'utilité du peuple. Le peuple ne s'est donné un maître que pour une très grande utilité : « *Non nisi magnæ cujusdam utilitatis causa imperium alienum ultro elegit* (2). »

Le roi doit rendre la justice entre les individus et repousser les attaques extérieures : « *Tum singulos a mutuis, tum universos ab externis injuriis, seu jure dicendo, seu vim vi repellendo, defenderent* (3). »

Le roi, rendant la justice, juge-t il selon sa fantaisie? Y a-t-il, au contraire, une loi dont il doit s'inspirer?

A l'origine, lorsque le peuple voulait obtenir que justice lui fût rendue, s'il rencontrait un particulier homme de bien, il le priait de résoudre le litige. Mais cette rencontre était chose malaisée; souvent même, les sentences étaient contradictoires. Aussi les sages inventèrent-ils la loi qui est la même pour tous.

Les rois, institués pour rendre la justice, ne sont pas autre

(1) *Vind. cont. tyr.*, p. 105.
(2) *Id.*, p. 107.
(3) *Id.*, p. 107.

chose que les gardiens et les serviteurs de la loi. Ils doivent l'appliquer, et, si elle n'a pas tout prévu, ils suppléeront à ses lacunes en s'inspirant de l'équité. Mais le peuple, pour cela, leur a donné des conseillers, car il faut éviter que la loi soit violée.

Les rois doivent reconnaître la loi pour leur « dame et maîtresse ». C'est par la loi que le roi se meut, qu'il sent et qu'il vit. La loi est la raison commune des sages; elle est la pensée même, et comme la pensée est une partie de la raison divine, celui qui obéit à la loi obéit à Dieu. Les rois qui se croiraient déshonorés en obéissant à la loi sont aussi dignes de moquerie que « l'arpenteur qui penserait se déshonorer parce qu'il prendrait une règle, un compas, une toise ou autres instruments dont les hommes entendus au mesurage des terres ont coutume de se servir ou que le pilote qui aimerait mieux prendre une route à sa fantaisie que l'établir d'après son aiguille et sa carte marine » (1).

Il est plus prudent d'obéir à la loi qu'à un seul individu, parce que la loi est faite par plusieurs et plusieurs ont plus de chance de ne pas se tromper qu'un seul. « La loi est une intelligence ou plutôt un ensemble de plusieurs entendements (2). »

L'homme qui comprend, sans doute, un entendement divin, mais qui se compose aussi d'une sensualité brutale, est souvent privé de son intelligence, et il est dangereux de lui obéir, car « il cesse d'être homme et devient bête, et celui qui aime mieux obéir au roi qu'à la loi semble préférer le commandement d'une bête à celui de Dieu » (3). C'était l'opinion d'Aristote, quoique précepteur d'Alexandre, et les

(1) *Vind. c. tyr.*, p. 115.
(2) *Id.*, p. 115.
(3) *Id.*, p. 116.

prophètes semblent bien partager cette idée lorsqu'ils dépeignent les grands Empires sous la figure de bêtes.

La puissance absolue, dit Aristote, n'a persisté que chez les peuples barbares. Cette puissance est proche voisine de la tyrannie; elle eût été la tyrannie si les barbares sauvages ne se fussent volontairement assujettis à elle.

Mais ici Languet rencontre une objection. Convient il à la majesté des rois d'avoir leur volonté bridée par des lois? Languet répond qu'il n'y a rien de plus royal que de réprimer sa convoitise avec le lien des lois. Sans doute, « c'est » grand pitié de ne pouvoir faire ce que l'on veut, mais c'est » beaucoup plus grand mal de vouloir ce que l'on ne doit » pas vouloir, et c'est le malheur des malheurs de faire ce » que les lois défendent » [1].

Languet saisit cette occasion pour attaquer violemment « ces flatteurs de cours qui appellent les rois des dieux, et » tiennent leurs paroles pour autant d'oracles, qui persua- » dent aux rois que rien n'est juste en soi, mais prend la » forme de la justice ou de l'injustice, selon qu'il plaît au » roi d'en ordonner ».

Tout ce que veut Dieu est juste parce que c'est Dieu qui le veut. Une chose n'est pas juste parce que le roi l'a ordonnée, mais le roi est juste qui ordonne que l'on tienne pour juste ce qui est juste en soi. Thémis n'est pas assise aux côtés du roi comme aux côtés de Jupiter pour confirmer aussitôt ce qui lui semblera bon. Thémis préside sur les royaumes pour châtier sévèrement les rois qui violeront la majesté des lois. Le droit limite le profit des princes et les lois répriment leurs plaisirs; rien ne doit être loisible que ce que les lois permettent. Dans tous les royaumes bien établis, le roi reçoit

[1] *Vindic. c. tyr.*, p. 117.

du peuple les lois, il doit les conserver avec soin et ne doit rien entreprendre contre elles.

Tous les princes des Etats policés de la chrétienté ont agi ainsi : l'empereur, les rois de France, d'Espagne, d'Angleterre, de Pologne, de Hongrie, les comtes de Flandre, de Hollande, etc. Ils ont tous promis aux électeurs, pairs, palatins, seigneurs, barons et gouverneurs, de rendre le droit à chacun *selon les lois du pays*. Ils ont promis de ne toucher à aucun privilège des villes et des provinces, *sans l'avis et le consentement de ces villes et de ces provinces*. S'ils manquent à leur promesse, ils deviennent criminels de lèse-majesté des lois.

Mais on dira : n'est-il pas permis au prince de faire de nouvelles lois et d'abolir les anciennes? Le prince doit veiller au respect des lois et à leur conservation, il doit s'assurer que rien n'y manque et qu'il n'y ait rien de trop. Dans l'un de ces deux cas, il devra assembler les Etats et leur demander leur avis. Toute mesure nouvelle ne deviendra valable qu'après l'approbation des Etats. Le roi devra obéir le premier à la loi nouvelle ou il n'aurait aucune qualité pour requérir l'obéissance de ses sujets.

Solon comparait les lois à la monnaie parce qu'elles maintiennent les sociétés humaines comme la monnaie le commerce. Les rois n'ont pas plus le droit de défaire les lois indispensables à la sûreté des sujets que d'abaisser la monnaie, sans laquelle le commerce ne peut vivre.

Dans le royaume de France, où l'on estime que les rois ont plus d'autorité qu'ailleurs, anciennement les lois étaient faites par l'assemblée des Trois Etats ou par le Parlement ambulant. Depuis, le Parlement est devenu sédentaire ; les édits des rois n'ont pas de valeur si les Parlements ne les enregistrent pas. Au contraire les arrêts de ces Parlements ont force de loi.

Dans les royaumes d'Angleterre, d'Espagne, de Hongrie et dans d'autres, les traditions anciennes se sont maintenues.

Tels sont les grands principes qui se détachent, dans le *Vindiciæ contra tyrannos,* d'un fonds confus où se mêlent les arguments bibliques, les arguments historiques tirés d'Hotman, les souvenirs de l'antiquité.

Languet conclut qu'il y a un partage de l'autorité législative entre les rois et les grands ou les Etats du royaume. Tout cela est assez vague. Quelle doit être la participation du peuple au pouvoir législatif? La réponse est difficile à découvrir. Il semble cependant que la prépondérance en fait doive surtout appartenir à l'aristocratie.

Mais si le roi n'est pas seigneur des lois, nous allons voir jusqu'où s'étend sa seigneurie sur les autres choses. Ici nous trouverons des précisions.

Des droits du roi sur la vie de ses sujets.

Les flatteurs de cour proclament que les princes ont droit de vie et de mort sur leurs sujets, comme autrefois les maîtres sur leurs esclaves. Ils sont arrivés à créer cet état d'esprit chez les princes que plusieurs, qui n'usent pas de ce prétendu droit, croient cependant le posséder.

C'est là une idée fausse pour Languet. Le prince n'est que l'exécuteur de la loi; il ne peut tirer l'épée que contre ceux que la loi a condamnés. Seul le tyran agit autrement.

Cette opinion s'explique bien si on se rappelle la raison d'être de l'Etat : « Assurer le bien commun de tous. » Ce principe posé, comment admettra-t-on que le roi soit allé chercher des sujets pour les égorger à sa fantaisie ? Trouvera-t-on un homme qui, de bon gré, ira remettre sa vie entre les mains d'un autre? On ne confie pas volontiers sa vie à un ami

et à un frère, la confiera t-on à un étranger? Reconnaître le droit de vie et de mort à un prince, c'est placer sa tête, ce bien si précieux, sous la pointe d'un couteau retenu par un léger fil. « Et sauriez-vous choisir un fil plus léger que les » mains d'un homme qui modifie ses idées de jour en jour, » d'heure en heure, de moment en moment, qui, mille fois en » un jour, secoue le mors de la raison, selon les diverses » passions qui l'agitent ? (1) » Et quelle utilité assez grande pourrait compenser un aussi grand péril ? Refusons donc le droit de mort aux princes.

Mais devons-nous leur reconnaître le droit de grâce ? Ici la question est plus délicate; nous allons voir Languet en opposition avec les idées généralement admises non seulement au XVIe siècle mais encore dans les siècles précédents et suivants.

On peut dire en effet que le droit de grâce a existé de tout temps et chez tous les peuples. Cependant, la royauté renonça à ce droit pour certains crimes. L'Assemblée constituante de 1789 l'abolit pour les matières soumises aux jurés, dans le but de diminuer les prérogatives du pouvoir royal et d'assurer le respect des décisions du jury. Comme conséquence, du reste, on supprimait les peines perpétuelles. Le droit de grâce a été rétabli par un sénatusconsulte de l'an X et depuis a toujours subsisté.

Languet appelle le droit de grâce « une miséricorde cruelle » qui n'est faite que pour encourager les brigands, voleurs, assassins, ravisseurs, empoisonneurs, etc. Reconnaître au prince le droit de grâce, c'est armer le péché contre les lois, introduire le loup dans la bergerie.

Mais Languet n'est pas aussi draconien qu'il le paraît au premier abord. Il cherche une atténuation à ces principes

(1) *Vind. c. tyr.*, p. 126.

trop rigoureux et, tout en maintenant énergiquement que la loi seule a le pouvoir de condamner et d'absoudre, il distinguera des cas où la loi « muette » a besoin d'une loi « parlante » pour l'expliquer, et cette loi parlante, c'est le roi sous certaines conditions. Cela se produira quand quelqu'un aura failli plutôt contre les termes que contre le sens de la loi. Si on s'en tenait ici à la rigueur du droit, on commettrait l'injustice que l'on veut éviter. Le roi aura à apprécier, prenant en mains les balances de la raison « qui est l'âme de la loi » (¹).

Mais voici une restriction importante. Dans cette appréciation, le roi n'agira pas seul parce que « la passion pourrait s'emparer de sa raison »; il devra consulter les gens sages, comme le faisait autrefois l'empereur Alexandre Sévère.

A notre époque, le conseil du roi devra examiner l'interprétation donnée par le roi et régler sa clémence et sa sévérité. Il devra s'assurer qu'il a bien su distinguer le cas du meurtrier involontaire et celui de l'assassin, le cas d'aventure et le guet-apens, la bonne et la mauvaise foi.

Il faut éviter d'être trop débonnaire; il est infiniment préférable de mettre à mort le coupable et d'éviter par ce moyen la mort de plusieurs innocents. Le châtiment est exemplaire. Pardonner à un coupable, c'est rendre plus audacieux les autres criminels qui compteront, eux aussi, sur la grâce. On est vraiment débonnaire si l'on envoie à la mort certains coupables et cruel si l'on accorde la grâce à d'autres. Aussi, ne saurait-on prendre trop de précautions dans l'exercice du droit de grâce.

C'est au conseil d'Etat qu'il appartient de statuer : le roi ne peut rien sans lui. Nous avons vu souvent mettre à mort des coupables auxquels le roi avait accordé des lettres de

(¹) *Vind. cont. tyr.*, p. 137.

grâce et absoudre d'autres coupables dont il ordonnait la mort. Parfois même le seul témoignage du roi ne suffisait pas pour convaincre un accusé de crime.

Muni de ses lettres de grâce, le criminel doit donc comparaître à nouveau devant la justice et il demeure prisonnier pendant que les juges examinent la validité de l'acte de clémence du roi. Si les juges estiment que les raisons qui ont inspiré le roi ne sont pas suffisantes, ils ordonnent purement et simplement l'exécution du jugement, nonobstant la décision du roi. Si, au contraire, les juges entérinent les lettres de grâce, la reconnaissance du criminel doit aller non pas au roi mais à « l'équité de la loi ». Tant il est vrai que le roi n'est que l'exécuteur de la loi.

Il ne faut pas, en effet, que les sujets puissent croire qu'ils peuvent obtenir du roi quelque chose malgré la loi. D'autre part, si les rois pouvaient agir à leur propre guise, souvent ils vengeraient leurs inimitiés particulières et ce ne serait plus la justice.

Languet estime que ces préceptes ne sont pas rigoureusement observés de son temps, mais il affirme que seules « les » lois ont puissance de vie et de mort sur les habitants d'un » royaume et non les rois qui ne sont que les exécuteurs et » les conservateurs des lois (1). »

En effet, les sujets ne sont pas les esclaves et les serfs du roi, ne l'oublions pas ; ce ne sont pas des prisonniers de guerre et ils n'ont pas été achetés au marché. Réunis, ils sont supérieurs au roi ; séparément, ils sont ses frères. Dieu n'a-t-il pas dit au roi : « N'élevez point vos cœurs au-dessus de vos frères d'entre lesquels vous avez été choisis. » Bartole partageait cette opinion.

(1) *Vind. c. tyr.*, p. 130.

Ce n'est pas avec sévérité que les rois doivent gouverner, mais avec amour ; c'est à cette condition qu'ils seront obéis et que leur règne sera durable. La situation d'un prince qui gouvernerait avec cruauté serait celle d'un maître demeuré seul dans une forêt au milieu d'une troupe d'esclaves. Il ne serait pas en sécurité. « Aristote dit que les rois commandent » comme les pères à leurs enfants et les tyrans comme les » maîtres à leurs esclaves » ([1]).

La loi Cornelia défendait aux pères de tuer leurs fils avant qu'ils n'eussent été entendus dans leur défense ; l'histoire sainte nous ordonne de traiter les serfs et les esclaves comme des frères. Que penserions-nous donc du prince qui ordonnerait le massacre de ses sujets sans les entendre, qui, à l'exemple de Caligula, exprimerait le désir que son peuple n'eût qu'une tête afin de pouvoir l'abattre d'un seul coup ?

Des droits du roi sur les biens de ses sujets.

Quels sont les droits du roi sur les biens des particuliers ? On répond communément à notre époque que tout est au roi. En prenant un bien à ses sujets, le roi ne prend que ce qui lui appartient ; s'il leur laisse la propriété d'une terre quelconque, c'est parce qu'il le veut bien. Certains princes professent ces idées et s'imaginent avoir le droit d'acquérir par le travail de leurs sujets.

Pour résoudre la question, revenons à notre point de départ. Pourquoi les rois ont-ils été institués ? Pour assurer le bonheur de tous. Or, il est admis que chacun aime le sien et cherche à l'accroître. Dans ces conditions, est-il vraisemblable que les hommes aient cherché un maître pour, de

([1]) *Vind. c. tyr.*, p. 131.

gaieté de cœur, lui donner tout ce qu'ils ont péniblement amassé? N'ont-ils pas pris un roi pour que le règne de la justice fût assuré parmi eux, pour faire rendre à chacun ce qui lui est dû?

« Que m'importe, dira le paysan, que l'ennemi ou le roi » me ravisse mon bien, si l'un me ruine aussi bien que » l'autre et si je meurs de faim; que m'importe si je suis » réduit à la dernière extrémité aussi tôt par un gendarme du » royaume que par le plus étranger du monde, l'un nettoyant » mes granges, vidant mes tonneaux et ruinant ma maison » avec une aussi grande furie que l'autre? Quel avantage y » a-t-il pour moi à être tué de la main d'un soldat barbare » ou de celle d'un romain, puisque je demeure toujours » mort? Pourquoi nommerais-je tyran celui qui vient de loin » m'ôter la vie et les biens, si toi, qui t'appelles roi, tu me » traites de la même façon (¹)? »

Le parricide est un crime plus horrible que le meurtre, le forfait d'un roi dépasse celui d'un ennemi.

Mais comment procède-t-on à notre époque? Dans tous les royaumes, il est permis aux plus petits de plaider en justice contre le roi et souvent le roi perd son procès et se voit obligé d'exécuter la sentence.

Sans doute, la domination de toutes choses appartient au roi, — et nous sommes d'accord avec les jurisconsultes, — mais la propriété reste aux particuliers. Le roi, par la conquête, peut arriver à posséder le royaume d'Allemagne ou d'Angleterre comme il possède celui de France, mais « il ne chassera un homme de bien de sa maison que par violence manifeste »; il faut distinguer entre la possession de l'ensemble qui n'est qu'un droit de commandement et la possession des biens propres qui est véritablement le droit de propriété.

(¹) *Vindic. c. tyr.*, p. 134.

Que dire des droits du roi sur le domaine public?

Distinguons d'abord le domaine du fisc et celui du prince. Le revenu du roi est celui qu'il possède en qualité de roi; le revenu de Philippe est celui qu'il possède en vertu de ce nom. Il a reçu l'un de ses pères et l'autre du peuple. Le droit romain, du reste, distingue très bien le patrimoine de l'Empire et celui de l'empereur, le trésor public et celui de l'empereur. L'un et l'autre ont leurs administrateurs distincts. L'empereur sera préféré dans une hypothèque à un particulier et Antonin passera peut-être après ce particulier. Il y a des royaumes, comme la France et l'Angleterre, dans lesquels les rois n'ont aucun patrimoine particulier mais seulement le patrimoine public qu'ils ont reçu du peuple.

Il est hors de doute que le prince est propriétaire des biens qui lui appartiennent en propre, tout comme les particuliers. Il peut en user et en disposer comme bon lui semble. Il n'en est pas ainsi pour les biens du royaume. Si un peuple a établi un gouverneur ou un juge dans une ville ou une province, lui a-t-il donné le pouvoir de vendre cette ville ou cette province? Mais en aliénant la ville ou la province, il aliénerait le peuple lui-même et le peuple ne lui a évidemment pas donné ce droit. La dignité royale est une charge et ne saurait avoir rien de commun avec une propriété.

S'il plaît au roi Charles VI, un insensé, de vendre aux Anglais une partie du royaume de France, que s'ensuivra-t-il? Ceux qui ont pris un roi pour repousser les assauts de l'ennemi deviendront les sujets de l'ennemi par la folie du roi, et les riches, qui ont voulu protéger leurs biens, deviendront la proie de l'étranger.

Il n'est pas permis à un roi d'amoindrir l'Etat à sa fantaisie; celui qui agit ainsi n'est pas considéré comme un roi mais comme un tyran.

Mais il y a des charges dans un royaume ; il faut entretenir le luxe royal, il faut payer des juges, organiser la police, assurer la liberté du commerce, entretenir des garnisons dans les villes, etc., et tout cela coûte. Pour subvenir à ces dépenses, on a organisé le domaine qui servira des revenus.

A Rome, le censeur Livius, surnommé Salinator, se vit même obligé d'établir l'impôt du sel. La république était à ce moment-là réduite à un état de grande nécessité. Pour cette même raison, le roi Philippe le Long obtint en France l'impôt du sel pour une période de cinq ans seulement, et cette mesure souleva bien des récriminations.

Voilà, au premier chef, un impôt populaire. C'est donc aux frais du peuple que la guerre se fait. N'est-il pas juste que tout ce que le roi conquiert par la guerre fasse retour au peuple ?

Même les biens que le roi acquiert par mariage sont acquis pour le royaume parce qu'on présume qu'il épouse la femme qui lui apporte ses biens en qualité de roi et non comme Philippe ou Charles. A l'inverse, les princesses partagent avec leurs maris les biens qu'ils ont acquis avant leur couronnement, mais elles n'ont aucun droit sur ceux acquis après ce couronnement.

Ainsi, dit Languet, fut jugé en France entre Philippe de Valois et Jeanne de Bourgogne, sa femme.

Jadis les rois de France imposaient les péages dans l'assemblée des Trois Etats. De là est venue cette loi de Philippe de Valois que l'on ne peut imposer au peuple un impôt que dans un moment de grande nécessité et du consentement des Etats. Aujourd'hui encore, le Parlement doit consentir à la perception des impôts et même certaines provinces ne sont tenues de les payer qu'après le consentement de leurs Etats. Cela se passe par exemple en Languedoc, en Bretagne, en Provence, en Dauphiné et dans les Pays-Bas.

Le roi est donc chargé d'administrer les richesses publiques, « non comme seigneur propriétaire ayant le droit de les aliéner et de les dissiper. » Personne n'en peut douter puisque telle est la coutume dans tous les Etats : en Allemagne, en Pologne, en Hongrie, en Espagne, etc.

L'inaliénabilité du domaine royal est un principe fondamental en France. Même si les anciens rois de France voulaient fonder quelque église, ils étaient tenus d'obtenir le consentement des Etats.

Quand le roi est sacré à Reims, il jure d'observer cette loi et, s'il l'enfreint, ce qu'il fait a autant de valeur que s'il contractait pour vendre ou acheter « les pays du grand Turc ». Languet cite à l'appui de cette opinion les ordonnances de Philippe VI, de Jean II, de Charles V, de Charles VI, de Charles VIII, par lesquelles ces princes révoquent les aliénations faites par leurs devanciers. Dans l'assemblée des Etats de Tours, où se trouvait le roi Charles VIII en personne, on annula plusieurs aliénations faites par Louis XI et on retira aux héritiers de Tancrède du Chatel, un de ses favoris, plusieurs villes qui lui avaient été données de sa propre autorité. Cette mesure fut ratifiée aux Etats d'Orléans.

Le roi ne peut pas affranchir de sa domination un seul sujet, ni abandonner la souveraineté d'une portion de son royaume. C'est pour cette raison que fut cassé le traité de Madrid conclu entre Charles-Quint et François Ier pendant la captivité de ce dernier. Le roi de France, du reste, au moment où il signait ce traité, avait bien l'intention de le faire casser.

Dans deux cas cependant l'inaliénabilité du domaine sera possible : 1° pour constituer l'apanage des enfants ou des frères du roi ; 2° si les nécessités de la guerre requièrent cette aliénation, et encore cette aliénation ne sera-t-elle faite qu'avec clause de réméré. Jadis les Etats avaient seuls qualité pour

prendre une décision de cette importance; aujourd'hui il faut l'approbation du Parlement de Paris et de la Chambre des Comptes et du Trésor.

Telles sont d'après Languet les deux seules exceptions au principe de l'inaliénabilité du domaine public.

Mais le roi, qui n'est pas propriétaire du domaine royal, n'a-t-il pas du moins un droit d'usufruit sur ce domaine?

Quels sont les droits d'un usufruitier? Il peut engager son usufruit, il peut faire des fruits l'usage que bon lui semble, les vendre ou les donner; il gère son usufruit à son entière fantaisie. Tels sont quelques-uns des caractères de l'usufruitier. Retrouvons-nous ces caractères dans la personne du roi, administrateur du domaine royal? Point du tout. Le roi ne peut pas engager le domaine royal; les dons exagérés qu'il fait sont jugés nuls; ses dépenses inutiles ne sont pas reconnues; on considère comme un bien volé tout ce qui a été employé autrement que pour le bien public : « Trop donné soit répété », dit un axiome de la Chambre des Comptes.

La loi prescrit au roi l'usage qu'il doit faire des revenus du royaume. Il doit les diviser en quatre parts : 1° revenus affectés à l'entretien des ministres de l'Eglise et à la nourriture des pauvres; 2° revenus affectés à la table du roi; 3° paiement des gages des officiers et serviteurs domestiques; 4° frais de réparation des ponts, châteaux et maisons royales. S'il reste de l'argent, on l'enfermera dans les coffres de l'épargne. L'histoire ne nous raconte-t-elle pas les troubles qui s'élevèrent dans l'assemblée des Etats de 1412 parce que le roi Charles VI avait dépensé tous les revenus du domaine dans ses menus plaisirs?

La royauté, répète Languet pour la dixième fois, est un mandat, une charge, et n'implique aucun droit de propriété ni d'usufruit.

« De même que l'évêque a été élu pour avoir soin du salut » des âmes, de même le roi a été établi pour conserver les » corps et les biens du peuple en tant que cela concerne le » bien public ; l'un est dispensateur des biens célestes, l'autre » des biens profanes ; l'un a un droit dans les biens épisco- » paux, l'autre un droit semblable mais pas plus grand dans » le domaine royal ([1]). »

L'évêque ne peut pas aliéner les biens de l'évêché sans le consentement du chapitre ; le roi n'a pas davantage le droit d'aliéner le domaine royal sans le consentement des Etats. S'il plaît aux évêques de ne pas faire de leurs biens l'usage qui leur est ordonné, il ne s'ensuit pas qu'ils n'y soient pas tenus comme le roi. Il résulte du droit naturel que les rois ne sont pas ordonnés DILAPIDATEURS des républiques mais *gouverneurs* de l'Etat. Ils ont beau être seigneurs, ils n'en demeurent pas moins des tuteurs et doivent se conduire comme des tuteurs qui ont charge de pupilles.

En résumé, il est certaines limites infranchissables pour la souveraineté des princes. D'abord la loi qui commande d'assurer le service de Dieu ; puis le droit naturel qui nous enseigne et nous ordonne de protéger notre vie et notre liberté « sans laquelle la vie n'est pas la vie » contre toute injure ou violence. Instinctivement le chien se défend contre le loup, le taureau contre le lion, le pigeon contre l'épervier, le poulet contre le milan. L'homme doit se défendre contre l'homme « s'il devient loup ».

Il y a aussi le droit des gens qui distingue les possessions et les seigneuries et trace des limites que chacun est tenu de défendre.

Le droit civil règle les rapports des hommes entre eux ;

([1]) *Vindic. c. tyr.*, p. 152.

ces préceptes, qui diffèrent avec les pays, les rois doivent les respecter.

Il y a enfin les lois du gouvernement royal, de la succession au trône. Chez certains peuples, les rois sont choisis dans des races déterminées, dans d'autres, ils sont pris n'importe où; quelquefois enfin les femmes sont exclues du trône.

Ces lois-là, le prince doit les respecter; sa souveraineté ne peut rien contre elles. S'il ne les respecte pas, il outrage la société à laquelle il doit son existence de roi.

Mais la situation présente, objectera-t-on à Languet, ne ressemble pas à cette description de l'Etat que nous venons d'étudier. Languet trouve l'occasion de placer dans la bouche d'un contradicteur toutes les critiques qu'il n'ose pas formuler lui-même contre l'état politique de la France au XVIe siècle. « Pour ma part, dit son contradicteur, je ne vois plus » que des masques et des robes à l'antique; je n'aperçois, » dans le présent, presque aucune trace de l'ancienne liberté » et de l'ancienne autorité. On voit un grand nombre des » officiers n'avoir soin que de leurs affaires particulières, figu- » rer les bouffons et les flatteurs auprès des rois, se jouer du » peuple. A peine en trouverait-on un qui ait pitié des pau- » vres sujets écorchés et rongés jusqu'aux os, et leur tende la » main. Si, par hasard, l'un d'eux a ce courage, on le traite » aussitôt de rebelle et il est contraint de fuir [1]. »

Il y a si longtemps qu'il en est ainsi, répond Languet, qu'il semble à beaucoup que les rois ont acquis par prescription ce pouvoir tyrannique et que le peuple a tacitement abandonné son autorité ou l'a perdue faute d'en user.

On dit dans le langage courant qu'il n'y a point de prescription contre le fisc. Peut-il y avoir prescription contre le

(1) *Vind. cont. tyr.*, p. 103.

peuple qui est au-dessus du roi, contre le peuple en faveur de qui le fisc a ce privilège? N'est-il pas de vérité absolue que par la violence, si longtemps qu'elle se soit exercée, on ne peut prescrire contre la liberté?

On pourra encore objecter que les rois ont été intrônisés par le peuple qui vivait il y a cinq ou six cents ans et non par celui qui existe aujourd'hui. Languet répond que le peuple ne meurt pas. « De même que le cours continuel de l'eau donne » au fleuve une durée perpétuelle, de même la naissance suc- » cédant à la mort rend le peuple immortel (¹). »

N'avons-nous pas le même Rhin, la même Seine, le même Tibre qu'il y a mille ans? Pourquoi n'aurions-nous pas toujours le même peuple, d'Allemagne, de France ou d'Italie? Rien ne peut modifier le droit de ces peuples.

En supposant même que les rois contemporains ne tiennent pas leurs droits du peuple mais de l'hérédité, nous pourrons toujours discuter le caractère de la souveraineté de l'aïeul, et nous verrons réapparaître le droit du peuple. Ceci établi, nous conclurons toujours que l'aïeul n'a pu donner à son successeur un droit autre ou plus grand que celui qu'il possédait lui-même. Si le successeur possède une autorité plus considérable, c'est évidemment qu'il l'a usurpée « tout comme un bien qu'un brigand aurait volé à un passant » (²).

On ne devient pas vertueux parce qu'on a pratiqué le mal pendant trente ans. Bien au contraire, on doit en être plus sévèrement châtié.

Et ce n'est pas parce qu'un prince exercerait une tyrannie qu'il tiendrait de son prédécesseur, qu'il aurait le droit d'exercer cette tyrannie. « Le temps ne retranche rien des droits du peuple, mais il ajoute aux torts du roi. »

(¹) *Vind. cont. tyr.*, p. 104.
(²) *Id.*, p. 105.

Dans aucun cas le peuple ne doit voir sa puissance diminuée. Même si les officiers de la couronne s'entendaient avec le roi, s'ils liaient, garrottaient le peuple et le plaçaient dans la main du tyran, le peuple n'en conserverait pas moins tous ses droits.

Si un avocat consentait, moyennant une somme d'argent, à livrer les droits de son client à la partie adverse, la cause de l'adversaire n'en deviendrait pas pour cela bonne. De même une conspiration des grands, ourdie dans le but de ruiner les petits, ne pourrait en rien diminuer les droits du peuple.

CHAPITRE VII

SANCTION DE LA LIMITATION DE LA SOUVERAINETÉ

Nous avons étudié jusqu'ici avec l'auteur du *Vindiciæ contra tyrannos* l'idée de souveraineté, son origine, ses limites déterminées par son origine. Il nous reste à examiner une troisième question très importante et d'ordre pratique : A-t-on le droit de ne pas obéir à l'Etat quand il outrepasse les bornes qui lui sont tracées ; peut-on lui résister ? Cette résistance est-elle un devoir ? Dans quelle circonstance, par quels moyens est il permis de résister ? A qui, en fait, ce droit de résistance appartient-il ?

Résumons-nous. Nous savons que tout pouvoir vient de Dieu, mais que la souveraineté *objectivée* réside dans le peuple. L'individu, qui a des droits antérieurs à la société, ne s'est mis en société que par un contrat librement consenti et parce qu'il y trouvait avantage. Plus tard, du consentement de Dieu, il a cédé sa souveraineté au roi, mais à la condition que le roi en userait pour le bien du peuple. Dans ce second contrat, c'est le peuple qui stipule (*stipulatur*) ; c'est le roi qui promet (*spondet*). Le roi promet d'exécuter les conventions et, en retour, le peuple jure obéissance.

Ceci posé, il est incontestable qu'il faut obéir au roi légitime qui remplit ses devoirs envers Dieu et le peuple, comme à Dieu même.

La première loi, en importance et en date, qui s'impose à l'observation du peuple et du roi, c'est la Loi de Dieu ou l'obli-

gation solidaire pour le peuple et pour le roi d'assurer le culte de Dieu.

Languet estime qu'il est presque inutile de poser cette question : « Les sujets sont-ils tenus et doivent-ils obéir aux princes, s'ils commandent quelque chose contre la loi de Dieu? » La mort de nombreux martyrs est la meilleure des réponses. Les apôtres n'ont-ils pas dit maintes fois qu'il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes?

Cette obligation, du reste, résulte du contrat conclu entre Dieu, le roi et le peuple. Si les engagés solidaires n'exécutent pas les clauses du contrat, Dieu les abandonne et les extermine.

Voilà une première sanction. Si c'est le roi qui viole son serment et transgresse la loi, il perd son royaume « comme le vassal perd son fief lorsqu'il commet une félonie ».

Les rois qui n'ont pas observé la Loi de Dieu ont été frappés et aussi leurs enfants et leurs successeurs. Salomon abandonne Dieu pour servir les idoles. Aussitôt le prophète annonce que le royaume sera divisé sous son fils Roboam. La parole du Seigneur s'accomplit et dix lignées quittent Roboam pour aller trouver Jéroboam, serviteur de Dieu. « Ils m'ont quitté, dit le Seigneur, pour aller adorer Astaroth, dieu des Sidoniens, et Chamos, dieu des Moabites. Je mettrai en pièces leur royaume. »

Cela revient à dire que la race de Salomon a violé le contrat, n'a pas tenu ses promesses. Dieu est délié vis-à-vis d'elle.

Mais Jéroboam lui-même fit preuve d'ingratitude à l'égard du Seigneur. Quelle fut la punition de ce roi? Son fils mourut et toute sa race disparut, frappée par le glaive de Baafa, sur l'ordre du Seigneur. L'histoire sainte nous apprend que les rois d'Israël et de Juda qui ont agi de même sont morts aussi misérablement.

Le sort des rois chrétiens n'est pas différent. De même que l'Evangile a succédé à la loi, de même les rois chrétiens ont succédé aux rois juifs. Le pacte est le même, les conditions sont identiques, la sanction sera la même.

Les rois juifs juraient d'observer la loi de Moïse; les rois chrétiens s'engagent à respecter l'Evangile, à défendre sa doctrine.

Hérode, qui redoutait le règne de Jésus-Christ et se proposait de mettre à mort le fils de Dieu, périt misérablement et perdit son royaume. Julien l'apostat trahit le Christ et adhère à l'idolâtrie; il est terrassé bientôt par celui qu'il appelle ironiquement le « Galiléen ». On pourrait multiplier les exemples.

Les rois de notre époque qui méconnaissent le Christ ne sont pas mieux traités. Ils subissent cette loi inexorable et « quand bien même, dit Languet, tous les rois de la terre » conjureraient contre le Christ et tâcheraient de mettre en » pièces notre Agneau, ils seront vaincus et devront reconnaître, bon gré mal gré, que cet Agneau est le roi des rois et » le dominateur des dominateurs » (1).

Quand nous avons étudié l'origine de la souveraineté, nous avons appris que les rois païens eux-mêmes sont les vassaux de Dieu, qu'ils ont reçu de lui toute leur puissance; c'est dire qu'ils sont tenus au respect de sa loi ou tout au moins qu'ils ne doivent pas empêcher le peuple de la respecter. S'ils agissent autrement, ils subiront la loi commune.

Un prince, quel qu'il soit, qui méconnaît la Loi de Dieu, se rend coupable du crime de lèse-majesté, il commet une trahison, il devient aussi punissable qu'un vassal qui s'emparerait des droits de son souverain, puisque nous savons que la

(1) *Vind. c. tyr.*, p. 19.

royauté est une vassalité vis-à-vis de Dieu. Le crime est même plus grand, car on ne saurait considérer comme égal Dieu et un roi de la terre, le Tout-Puissant et un simple mortel. Toutes les fois qu'un prince ose dire ou penser : « Je monterai jusqu'au ciel, j'élèverai mon trône au-dessus des étoiles, je serai semblable au Souverain », l'Eternel répondra : « Je m'élèverai au-dessus de toi et contre toi, je supprimerai ton nom et toute ta race (¹). »

En résumé, les vassaux qui tâchent de s'emparer du royaume commettent une trahison et méritent d'être exterminés. Le prince sera criminel qui refusera d'observer la loi divine ou qui persécutera ceux qui voudront l'observer.

C'est Dieu qui investit les rois comme les suzerains leurs vassaux; les rois traîtres à leur serment seront privés de leurs royaumes comme les vassaux félons de leurs fiefs.

Ces principes posés et démontrés à l'aide de nombreux exemples, le devoir des sujets apparaît nettement. Entre deux ordres contradictoires du vassal et du suzerain, il faut obéir plutôt à celui qui émane du suzerain. Le vrai rebelle ne sera pas celui qui refusera d'obéir au roi pour obéir à Dieu, mais bien celui qui méconnaîtra les ordres de Dieu pour exécuter ceux du roi.

Le peuple n'est donc pas tenu d'obéir au roi qui commande quelque chose contre la Loi de Dieu ; bien plus, en lui obéissant, il devient rebelle vis-à-vis de Dieu, ni plus ni moins que le paysan qui, pour plaire à un vassal, prendrait les armes contre le suzerain, qui préférerait exécuter le jugement d'un juge inférieur que celui d'un juge supérieur, qui préférerait obéir aux commandements d'un simple lieutenant de province qu'aux ordres du roi lui-même.

(¹) *Vind. c. tyr.*, p. 21.

Nous avons vu, dans un chapitre précédent, que le pouvoir du prince se trouve très étroitement limité par les droits du peuple. Si un prince ordonne de mettre à mort un innocent, organise le pillage, quel homme ayant un peu de conscience suivra le prince dans cette voie? Le jurisconsulte Papinien aime mieux mourir qu'obéir à Caracalla; il refuse de mentir et d'excuser le péché malgré les menaces de mort dont il est l'objet. Nous devrons nous montrer bien plus inflexibles si le prince nous ordonne de lier de nouveau Jésus à la croix. Nous adorerons Dieu malgré le prince, « parce que nous sommes tenus de servir Dieu pour lui-même et parce que nous » n'honorons le prince que pour l'amour de Dieu » (1).

Lorsque l'empereur Valentinien ordonna à saint Ambroise de livrer le temple de Milan aux ariens, saint Ambroise répondit aux officiers qui venaient lui transmettre cet ordre : « Je donnerais volontiers à l'empereur mon héritage, mais les choses divines ne sont pas soumises à sa puissance ». Et un million de martyrs sont morts pour avoir ainsi pensé.

Les textes des apôtres qui, pour Languet, constituent une véritable loi écrite, viennent à l'appui de sa thèse. Les apôtres recommandent aux chrétiens d'obéir aux rois et aux magistrats, mais, avant tout, de se soumettre à la volonté de Dieu. « Toute âme, dit saint Paul, doit être soumise aux puissances supérieures, car toute puissance vient de Dieu. » Et l'apôtre précise en ajoutant que le prince étant serviteur de Dieu pour notre bien, il en résulte qu'il faut obéir plutôt à Dieu qu'à son serviteur. Saint Paul dit encore : « Rendez le tribut, l'honneur, la crainte à qui il appartient (2). » Jésus-Christ avait déjà prononcé ces paroles célèbres : « Rendez à

(1) *Vindic. c. tyr.*, p. 26.
(2) *Id.*, p. 28.

César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu. » Saint Pierre proclama les mêmes préceptes.

Mais les impies n'acceptent pas ce raisonnement. Pour eux, il faudrait obéir au roi, même dans les choses qui relèvent du domaine exclusif de la conscience. Ils osent même invoquer en faveur de cette opinion insensée le témoignage des apôtres saint Pierre et saint Paul !

D'après ces impies, la soumission au roi devrait être absolue en toutes choses. Il faudrait accepter toutes les superstitions qu'il plairait au roi d'imposer.

Languet discute ici les textes de saint Paul et démontre que cet apôtre enjoint aux chrétiens de ne pas servir les rois pour eux-mêmes, mais seulement en considération du culte qu'ils doivent à Dieu.

Quelquefois, les impies objectent encore qu'obéissance vaut mieux que sacrifice. L'Ecriture sainte va les confondre bientôt. Mais si cela ne leur suffit pas, ils apprendront d'un orateur païen qu'il y a dans la vie publique une échelle des devoirs : d'abord les devoirs envers les dieux immortels, ensuite les devoirs envers la patrie, en troisième lieu les devoirs envers notre prochain.

Du reste, les jurisconsultes ne considèrent-ils pas comme un crime beaucoup plus grand la destruction d'un temple que la conspiration contre la vie d'un prince?

Languet ne reconnaît pas au peuple, vis-à-vis du prince qui viole la loi du Dieu, seulement un droit de résistance passive, un droit de non obéissance. Il va beaucoup plus loin.

Nous venons de voir que le principe de la souveraineté limitée par la Loi de Dieu trouve une première sanction dans le châtiment de Dieu qui s'est réservé le droit de frapper et de priver de leur royaume les rois traîtres à leur serment.

Mais le peuple lui-même a des droits et des devoirs vis-à-vis de ce roi infidèle, car n'oublions pas que si le roi, dans un contrat, s'est engagé vis-à-vis de Dieu, il s'est aussi engagé vis-à-vis du peuple.

Pourquoi Dieu a-t-il exigé la participation du peuple au contrat, pourquoi Israël ou Juda se sont-ils engagés à observer la Loi de Dieu, pourquoi ont-ils promis solennellement de rester à jamais le peuple de Dieu, sinon parce qu'ils recevaient en même temps de Dieu l'autorité nécessaire pour assurer l'exécution du contrat et empêcher la ruine de l'Eglise? Demander au peuple de demeurer peuple de Dieu serait inutile, si le peuple n'a pas plus de pouvoir qu'un serf, s'il n'a pas la possibilité d'exécuter sa promesse.

Lorsque les rois ne respectent pas le pacte, les prophètes s'adressent à la maison de Juda et de Jacob et la rappellent à ses devoirs. Mais en outre, ils ordonnent au peuple, non pas seulement de ne plus sacrifier à Baal, mais encore de briser l'idole, d'exterminer les prêtres de Baal, *malgré le roi lui-même.*

Si le roi néglige son devoir, le peuple, *débiteur solidaire* vis-à-vis de Dieu, doit s'acquitter du sien, non pas en usant de moyens illicites, mais par « autorité publique ». Nous verrons plus loin ce qu'il faut entendre par ces mots.

Qu'est-il arrivé lorsqu'Israël ne s'est pas opposé à un roi qui n'exécutait pas les conventions conclues? Il a été châtié pour son insouciance, sa stupidité ou sa complicité, et il a été plus souvent et plus sévèrement puni que le roi lui-même. Il est défendu au peuple de tolérer le péché de son roi.

Lorsque le roi Manassès profana le temple d'Israël, Dieu punit Manassès et aussi tout le peuple. Quand le prophète Jérémie déclare que la maison de Juda demeurera asservie aux Assyriens à cause de l'impiété de Manassès, il reconnaît

par là même que cette maison s'est rendue coupable des crimes du roi, uniquement parce qu'elle ne s'y est pas opposée. Les exemples abondent qui confirment cette manière d'être.

Mais les devoirs du peuple sont encore plus impérieux. L'homme politique ne doit pas se borner à réparer la faute commise, il doit se montrer prévoyant et la prévenir. Il agira vis-à-vis de l'Etat comme le médecin vis-à-vis du corps humain. Le peuple aussi doit empêcher le mal avant qu'il ne soit commis. Il devra prendre des précautions pour éviter qu'aucun élément ne soit introduit dans l'Etat, de nature à amener, au bout d'un temps plus ou moins long, la corruption du culte de Dieu. Il devra avec soin écarter les occasions qui pourraient permettre à un prince de commettre des fautes.

Et c'est par tous les moyens que le peuple doit résister à un roi qui viole La loi de Dieu : « S'il est attaqué par la parole, » il résistera par la parole, s'il l'est par les armes, il prendra » les armes ; il usera des embûches si on en tend contre lui, » il combattra à couvert aussi bien qu'à découvert [1]. » La conjuration est un droit, elle devient un devoir ; une conjuration sera bonne ou mauvaise suivant la fin qu'elle poursuit. Voilà une affirmation que nous retrouverons dans un des articles principaux des constitutions de la période révolutionnaire. En 1791, on reconnaît le droit à la résistance ; en 1793, les idées ont marché, on va beaucoup plus loin, on reconnaît le droit à l'insurrection, on proclame même que l'insurrection devient dans certains cas un devoir et le plus indispensable des devoirs en même temps qu'elle est le plus sacré des droits.

N'y a-t-il pas danger, se demande Languet, à permettre au peuple de résister au roi sur une question de religion ? Permettre cela, n'est-ce pas ouvrir la porte à la rébellion ? Saint

(1) *Vindic. c. tyr.*, p. 46.

Augustin donne la réponse (*Cité de Dieu,* IVe livre, 4e chapitre et XIXe livre, 21e chapitre) :

« Là où il n'y a point de justice, il n'y a point de républi-
» que. Il n'y a pas de justice quand l'homme mortel veut
» arracher l'homme mortel des mains de Dieu pour le rendre
» esclave du diable, puisque la justice est une vertu qui
» rend à chacun ce qui lui appartient. Ceux qui se soustraient
» à de semblables dominations se préservent de la tyrannie
» des malins esprits, ils quittent une multitude de brigands
» mais n'abandonnent pas la république [1]. »

Etre en rébellion, c'est refuser d'obéir purement et simplement. Un peuple est en rébellion qui refuse de payer les tailles, les péages, les dons et charges ordinaires. On doit obéir à César « quand il commande quelque chose en qualité de César » ; mais, s'il veut exercer une domination à laquelle il n'a pas droit, s'il tente de s'emparer du trône de Dieu, s'il fait la guerre au Seigneur Dieu, son souverain, la désobéissance est un devoir et elle n'est pas une rébellion. Le peuple qui résiste n'a pas le premier ouvert les hostilités ; il ne fait que répondre à l'attaque. La mort l'environnant de toutes parts, il prend les armes et « pare aux coups qu'on dirige contre lui ». Nous disons aux rois : « Veuillez la paix et vous l'aurez ; cessez de frapper, le peuple déposera les armes ; n'attaquez pas Dieu et le peuple ne vous combattra pas ; remettez l'épée au fourreau, le peuple jettera à terre le bouclier. »

Accusera-t-on d'infidélité le serviteur qui écartera de la main le glaive dont son maître le veut frapper ? Accusera-t-on de trahison le serviteur qui se cache, qui s'enferme dans sa chambre jusqu'à ce que la colère de son maître soit apai-

[1] *Vindic. c. tyr.*, p. 59.

sée? Pourquoi appellerait-on séditieux ceux qui résisteront au prince dans une circonstance donnée, bien décidés à lui obéir quand il commandera selon les lois qu'il s'est engagé à respecter?

Est-ce que, à notre époque, ils n'ont pas déposé les armes aussitôt qu'il leur a été permis de servir Dieu, ceux qui ont combattu pour la vraie religion contre l'Antechrist, en Allemagne et en France? Et cependant ils auraient pu continuer la guerre avec avantage.

Voilà bien la différence entre la rébellion et la résistance autorisée.

Au surplus, dès que la cause de la résistance légitime a disparu, rien n'est changé dans l'Etat et le peuple vient de lui-même se replacer sous l'autorité de son chef naturel. Il ne s'était pas soustrait à la domination du roi parce qu'il est le roi, mais seulement en tant qu'il commandait contrairement à la Loi.

Nous avons dit que l'Eglise doit être défendue par tous les moyens, même par les armes. Mais, prendre les armes, n'est-ce pas contraire à l'esprit de l'Eglise? Dieu n'a-t-il pas défendu dans sa loi que « l'autel fût poli avec le fer »? Mais il est écrit, dans le 4e chapitre du livre de Néhémie, qu'à la construction du temple « une partie du peuple portait le » mortier, l'autre portait les armes, quelques-uns tenaient » d'une main l'épée et de l'autre remettaient aux ouvriers les » matériaux nécessaires pour la construction » (1).

Sans doute, si le peuple tient l'épée, ce n'est pas pour bâtir à coups d'épée, mais pour arrêter l'ennemi s'il vient s'opposer à la construction du temple. L'épée n'est pas pour l'Eglise un instrument de combat, mais elle sert à sa protection.

(1) *Vindic. c. tyr.*, p. 69.

Mais on a dit encore : il est possible qu'il en ait été ainsi sous la Loi, mais les choses ont changé avec le Christ. Ce n'est pas sur un bouillant cheval qu'il est entré à Jérusalem, il a préféré l'âne. Cela est exact, mais rappelons-nous que Jésus-Christ, sur la terre, n'a voulu exercer aucune domination, mais seulement passer pour un simple particulier, un homme privé et même un accusé, « reus ». Jamais il n'a songé à prendre les armes.

Les magistrats, qui représentent le corps du peuple, nous le verrons plus loin, portent le glaive, et saint Paul leur fait un devoir de s'en servir dans certains cas. Sauraient-ils en faire un meilleur usage que de protéger l'Eglise, que de la défendre contre les impies?

Le droit de guerre entre les chrétiens est reconnu. La guerre la plus sainte n'est-elle pas celle qu'on entreprend pour la défense de l'Eglise? Il est permis de prendre les armes pour empêcher l'ennemi de franchir les limites d'un royaume ou d'une province; sera-t-il interdit de garder les frontières du royaume de Dieu? Mais, s'il en est ainsi, que devons-nous penser des légions de chrétiens, comme celle de Malte, quelle opinion devons-nous avoir sur les croisades entreprises par les princes chrétiens contre les Turcs et les Sarrasins, pour conquérir la Terre sainte?

Languet pousse encore plus loin le devoir de résistance. Il met en parallèle le martyre et la guerre et il trouve la guerre préférable au martyre pour le service de Dieu. C'est là assurément une opinion en soi étrange, qui n'a pas été celle des premiers chrétiens, mais que l'on comprend bien quand on se place dans la période troublée du XVI[e] siècle, période de fanatisme religieux poussé à ses dernières limites.

Oui, dit Languet, les chrétiens qui meurent dans une guerre sainte ne sont pas moins martyrs de Jésus-Christ que leurs

frères mis à mort pour avoir seulement pratiqué la vraie religion. Il trouve chez les premiers une supériorité qu'il justifie du reste très imparfaitement : « Les chrétiens morts à » la guerre, dit-il, se sont exposés courageusement aux coups, » de leur propre volonté, acceptant volontiers les hasards de » la lutte ; les martyrs, au contraire, se sont simplement » offerts à la mort *qu'il leur convenait de souffrir* (¹). » Et Languet n'explique pas davantage sa pensée. Cela, je crois, lui serait difficile, car si l'on se rappelle les supplices effroyables qu'endurèrent volontiers les martyrs, il n'arrivera à la pensée de personne de comparer leur situation à celle de guerriers qu'anime toujours l'espoir de la victoire, qu'enivre l'ardeur du combat et dont la mort, s'ils viennent à mourir, ne sera pas accompagnée des raffinements de cruauté qu'imaginait l'esprit vraiment diabolique de certains empereurs romains.

Nous terminons ici l'étude d'une première limitation de la souveraineté du prince, la Loi de Dieu, du droit de non-obéissance du peuple lorsque le prince outrepasse cette borne de sa souveraineté, de son devoir de non-obéissance et des moyens que le titulaire de toute souveraineté, Dieu, lui a donnés pour maintenir le roi dans l'observation de ses devoirs vis-à-vis de la Loi de Dieu.

Languet ne s'est pas borné à cette étude plutôt théologique de la souveraineté, bien qu'à ses yeux de protestant fanatique elle ait eu une grosse importance. Le fanatisme religieux domine toutes les dissensions au XVIᵉ siècle.

On ne traitera pas une seule question d'ordre politique pour elle-même et sans arrière-pensée : le but à atteindre, c'est le triomphe de la secte.

(¹) *Vindic. c. tyr.*, p. 73.

Ne cherchons pas, chez les écrivains de cette époque, le calme, la sérénité du penseur et du philosophe; nous trouverons la fougue, très souvent le parti pris du polémiste que domine une pensée maîtresse; mais l'idée est parfois originale, elle sera reprise plus tard et fera son chemin; elle est intéressante et nous devons l'étudier.

La souveraineté, pour Languet, est encore limitée par les droits individuels de l'homme, par le contrat qu'il a librement consenti lorsque la société a été formée et lorsqu'il a résolu de placer au-dessus de lui une autorité politique. En fait, cependant nous le savons, ces droits individuels ne limiteront pas la souveraineté du prince, puisque, le jour du contrat, le peuple en a abandonné une partie pour l'utilité commune, mais n'oublions pas cette idée commune de Languet et de Rousseau: Si le peuple a pu conclure un contrat dont les clauses limitent la souveraineté du prince, c'est parce qu'il avait des droits qui sont supérieurs et antérieurs à l'autorité politique.

Il nous reste, pour terminer l'étude du *Vindiciæ contra tyrannos,* après avoir recherché la sanction de la limitation du pouvoir royal par la Loi de Dieu, à nous demander quels moyens devront être employés pour empêcher le prince de porter atteinte aux clauses du contrat qui règle les rapports du prince avec le peuple, pour l'empêcher de porter atteinte à ce que nous appelons la Loi humaine, par opposition à la Loi de Dieu que nous venons d'étudier.

Nous aurons encore à rechercher, dans une dernière partie de cette étude de l'ouvrage de Languet, à qui, pratiquement, il appartient de résister à un prince qui enfreint la Loi de Dieu ou la Loi humaine. Cela nous permettra de revenir un peu sur l'*idée représentative* que nous avons déjà eu l'occasion de signaler chez notre auteur.

Languet, qui a consacré les deux premières parties du

Vindiciæ contra tyrannos à l'étude de la Loi de Dieu et de ses conséquences au point de vue de la limitation de la souveraineté : le droit de non-obéissance, le devoir de résistance, traite dans un seul chapitre la question de la limitation de la souveraineté par la loi humaine. Il n'a pas à sa disposition les nombreux textes et les exemples variés qu'il invoque dans la première partie de sa démonstration.

C'est toujours l'idée de contrat qui domine : « Lorsqu'on insère une condition dans un contrat, ce contrat est nul si la condition n'est pas exécutée. »

Le roi vient à ne pas respecter la loi de Dieu? Dieu lui-même et aussi le peuple, qui est engagé solidairement avec le roi, chassent le roi de son royaume, nous avons vu dans quelles conditions. De même, si le prince enfreint le contrat qui le lie vis-à-vis du peuple, le peuple se trouve dégagé de toute obligation vis-à-vis de lui.

Nous n'avons donc pas, momentanément du moins, à insister sur cette seconde limitation de la souveraineté. C'est toujours pour le peuple le droit de résistance vis-à-vis du prince qui ne respecte pas le droit naturel, le droit des gens, le droit civil, les lois du trône que nous avons définies plus haut.

Le roi qui devient tyran, Alexandre qui saccage une province, n'est pas autre chose qu'un brigand qui vous ravit votre manteau, qu'un voleur qui brise la porte de votre logis pour s'emparer de votre fortune.

Ce n'est pas le peuple qui devient parjure à ce moment-là, mais le roi qui a violé la loi jurée. La loi affranchit le vassal vis-à-vis du Seigneur qui a commis à son endroit une félonie, la loi des XII Tables déclare exécrable le protecteur qui trompe celui qui a été placé sous sa protection, le droit civil autorise le serf affranchi à traîner en justice son patron

coupable; dans le même cas, l'esclave est soustrait à la puissance de son maître. Pour les mêmes raisons, le peuple se trouve délié de son serment de fidélité, si le roi vient à enfreindre son propre serment.

Le serment n'existerait-il pas, la nature enseigne que les rois sont établis par le peuple pour le bien gouverner, pour rendre la justice et commander à la guerre. Si eux-mêmes pillent et saccagent, ils ne sont plus rois et ne doivent plus être considérés comme tels. Et le serment imposé au peuple par un tyran ne lie pas le peuple ; ce contrat ne serait pas plus valable que celui conclu vis-à-vis d'un brigand qui l'eût imposé le couteau sous la gorge. « Promesse obtenue par la force n'oblige point. » Le libre consentement est une condition essentielle de la validité d'un contrat. Toutes les conventions par lesquelles le peuple accepterait de se voir « mettre les fers aux pieds » ne sont pas considérées comme librement conclues. Il y a des lois naturelles contre lesquelles aucune convention ne peut valoir.

La nature, les lois, le serment nous commandent de veiller à la conservation de la patrie. Nous nous rendons coupables de lâcheté, de trahison, nous commettons une véritable désertion si nous permettons au prince d'accomplir la ruine de cette patrie dont la garde nous a été confiée, et aucune convention ne peut nous délier de ce devoir de résistance que nous exercerons même par les armes.

Et ce n'est pas faire acte de sédition que de résister, même par les armes. Celui-là est séditieux qui agit contre l'ordre public. Mais celui qui arrête le destructeur de la patrie dans son œuvre impie, loin de susciter la sédition, l'empêche d'éclater.

Les lois contre les déserteurs et les traîtres visent précisément ceux qui n'ont pas pris soin des souffrances de leur

patrie ; elles les condamnent au même supplice que les soldats sans courage qui, voulant éviter le combat, simulent une maladie ou abandonnent leurs armes et prennent la fuite.

Le tyran dépasse même en méchanceté les plus dangereux malfaiteurs, les brigands, les meurtriers, les sacrilèges : « c'est un crime beaucoup plus grand d'offenser tout le corps » d'un peuple que quelques-uns de ses membres » ([1]). Si l'on condamne les sacrilèges à la peine de mort, saurait-on inventer un supplice assez grand pour le crime de tyrannie?

Mais le roi reçoit la dignité royale de la main du peuple qui lui est supérieur. Quand il offense le peuple, il commet donc une félonie à l'endroit du « seigneur du fief », il outrage la majesté du royaume, il devient rebelle et mérite le châtiment ordonné par les lois contre le vassal infidèle et même un châtiment plus grand encore.

Languet invoque l'autorité de Bartole. Avec lui, il déclare que le roi pourra être déposé par le seigneur souverain ou châtié par application de la loi Julia qui condamne les crimes envers le public. Le souverain, théoriquement, c'est tout le peuple. Nous verrons par qui, en fait, est exercée cette souveraineté.

Mais Languet n'osant pas pousser jusqu'au bout la rigueur de ses principes va y apporter une très sensible atténuation en distinguant le tyran sans titre et le tyran d'exercice. Nous verrons qu'il se montre beaucoup plus sévère vis-à-vis du tyran sans titre, au sujet duquel il admet la doctrine du tyrannicide, que vis-à-vis du tyran d'exercice qu'il traite avec beaucoup plus de ménagements. Ajoutons, et nous le prouverons sans peine, que cette distinction facile, inspirée par un sentiment de prudence bien compréhensible plutôt que par une conviction sincère, ne fait pas de Languet un « modéré ».

([1]) *Vindic. c. tyr.*, p. 193.

CHAPITRE VIII

LE ROI ET LE TYRAN

Doctrine du tyrannicide.

Languet entreprend une longue distinction entre le roi et le tyran.

Il y a deux sortes de tyrans : le tyran d'exercice et le tyran sans titre. Cette distinction a déjà été faite au moyen âge par saint Thomas. Pour l'auteur de la *Somme théologique*, il y a une différence intrinsèque qui peut se rencontrer dans toutes les formes du pouvoir : c'est la différence du gouvernement juste et du gouvernement injuste.

Il y a trois choses à considérer dans tout pouvoir : 1° l'idée même du pouvoir ; 2° l'acquisition de ce pouvoir ; 3° l'usage. Il y aura ainsi deux sortes de pouvoir injuste : le pouvoir mal acquis et le pouvoir légitime dont on abuse ; d'où deux sortes de tyrans : le tyran sans titre et le tyran d'exercice.

Pour Hubert Languet, celui-là est vraiment roi qui gouverne légitimement le royaume, qu'il tient de l'élection ou de sa naissance. Le tyran, c'est celui qui s'est emparé du royaume par la violence, ou qui, possédant légitimement ce royaume, le gouverne contrairement au droit et à l'équité et n'observe pas les lois et les conventions. Faudra-t-il, dans tous les cas, préférer le tyran d'exercice au tyran sans titre, même si celui-ci gouverne justement le royaume qu'il a usurpé? Dans le premier cas, pour saint Thomas, la forme

du pouvoir vient de Dieu. Par conséquent, le sujet doit obéissance au titulaire du pouvoir comme à Dieu même. Le tyran sans titre ne possède pas un vrai pouvoir. Aussi les sujets ne sont-ils pas tenus envers lui à l'obéissance, et « même ils ont le droit de le rejeter, s'ils en ont la faculté ». Saint Thomas ajoute cependant qu'un pouvoir mal acquis peut devenir légitime par le consentement des sujets ou l'investiture d'un supérieur.

Il se peut, dit Languet, que celui qui se sera emparé par la violence d'un royaume le gouverne justement, tandis qu'un autre qui le possèdera à juste titre, le gouvernera injustement. Comme le pouvoir est une charge, celui qui s'en acquittera mal méritera beaucoup plus le nom de tyran que l'usurpateur qui gouverne pour le bien public. Il faut que le détenteur du pouvoir, usurpateur ou prince légitime, réalise la *fin* de toute autorité politique, qu'il juge le peuple et assure sa conservation. « J'aime mieux, dit Languet, être » nourri par un larron que mangé par un berger; j'aime » mieux qu'un voleur me rende justice qu'être violenté par » un juge ; j'aime mieux être guéri par un charlatan qu'em- » poisonné par un médecin; j'aime mieux que mes biens » soient sagement administrés par un tuteur sans titre que » dilapidés par un tuteur qui aura été désigné avec toutes les » solennités requises [1]. »

Souvent le tyran sans titre gouvernera pour le bien public, tandis que le tyran d'exercice n'invoquera son droit que pour régner avec plus d'insolence. Les deux tyrannies sont également odieuses; mais beaucoup plus criminel est celui qui gouvernera un Etat pour le ruiner, que celui qui s'en sera emparé pour le conserver.

[1] *Vindic. c. tyr.*, p. 171.

Il y a des différences entre les tyrans sans titre. Les uns usent de violence pour s'emparer d'un territoire, les autres font usage de fraude et de corruption : ceux-ci sont les plus dangereux. Il y en a d'autres enfin qui s'emparent du gouvernement de leur propre patrie, tels les chefs d'armée créés par le peuple, qui se servent des forces qui leur ont été confiées pour se rendre maîtres de l'Etat, comme fit César à Rome.

Languet attaque violemment les femmes qui ont occupé des royaumes dont leur sexe était exclu par des lois fondamentales. Ceux là aussi sont tyrans sans titre, qui, abusant des passions des rois légitimes, s'élevèrent eux-mêmes à la dignité royale, en usurpant toute l'autorité des rois, témoins les maires du palais sous les Mérovingiens.

Il est parfois très difficile de distinguer un tyran d'exercice d'un vrai roi, à cause de la communauté de leur origine. La vraie raison conduit le roi ; le tyran d'exercice n'obéit qu'à ses plaisirs. Le roi obéit aux lois ; le tyran d'exercice ne reconnaît aucune limite à sa puissance.

On peut aisément déterminer les droits des rois parce que la justice est simple, mais difficilement énumérer les actes des tyrans, parce que les formes de l'injustice sont infinies.

Essayons avec Languet cette distinction. Le tyran opprime les officiers de l'Etat, répand sur eux des bruits mensongers, laisse entendre qu'ils ont conspiré contre lui ; il n'épargne même pas ses frères et ses parents. Le roi, au contraire, voit dans ses frères et même dans les officiers du royaume ses associés, ses égaux. Il reconnaît que c'est d'eux qu'il tient la couronne et les fait participer à l'œuvre commune.

Le tyran est élu par des gens sans aveu, qui, tenant tout de lui, le flatteront et se plieront à toutes ses volontés. Le roi maintient chacun à sa place, voit dans les grands seigneurs

les amis du royaume et travaille à leur bonheur. Le tyran tient pour suspects les hommes savants et sages, il a horreur de la vraie science, il introduit la corruption dans tout l'Etat pour mieux le dominer. Le roi attire à lui les gens de bien, il tâche d'en augmenter le nombre, construit des écoles, crée des universités, entretient le courage et la vertu.

Le tyran fuit les assemblées politiques, il redoute les Etats, les parlements, il fuit la lumière et la discussion. Le roi, au contraire, qui n'a rien à redouter, se réjouit d'avoir un grand nombre de conseillers et ne fait rien sans leur avis; il place très haut dans l'Etat les assemblées publiques. Le tyran aime la guerre civile, entretient les factions, se sert de l'une contre l'autre. Le bon roi veille au maintien de la paix parmi ses sujets, comme le père chez ses enfants, « il ne peut » même s'empêcher de pleurer, si on lui rapporte que jus- » tice a été faite de quelque rebelle » ([1]).

Le tyran remplit les garnisons de soldats étrangers, bâtit des citadelles contre ses propres sujets; il se fait accompagner de gardes composées d'étrangers ou de gens de mauvais aloi. La puissance du roi réside plutôt dans la bienveillance du peuple à son endroit que dans l'épaisseur des murailles; ses gardiens sont ses propres sujets, ses forteresses ne sont construites que contre l'ennemi du dehors.

La peur règne dans l'âme des tyrans et y tient continuellement garnison. La sérénité est l'état d'âme du roi. Il se promène hardiment dans les rues les plus fréquentées; le peuple est là qui l'accompagne et le protège.

Le tyran ne se maintient que par la force des armes; à défaut de dissensions intestines, il engage la guerre à l'étranger. Le roi ne déclarera la guerre que si l'intérêt public l'y

([1]) *Vindic. c. tyr.*, p. 177.

oblige, il ne lèvera pas les armes si son peuple doit en éprouver plus de dommage que de profit.

Le tyran s'ingénie à épuiser les richesses de ses sujets, afin qu'occupés à travailler, ils ne pensent plus à recouvrer leur liberté. Le roi apprécie l'importance de son propre trésor par l'importance du trésor de ses sujets; il se croira riche, si ses sujets sont riches. Le tyran favorise quelques particuliers au détriment des autres, il ruine le public pour bâtir sa maison. Le roi se privera pour aider le peuple, « il le nourrira et le soutiendra de son sang ».

L'Ecriture sainte compare le roi au berger. Elle dit du tyran qu'il est un lion rugissant, doublé souvent d'un renard.

Il est parfois très difficile de découvrir les pensées vraies d'un tyran, car il se conduit de telle sorte, dit Cicéron, que c'est au moment qu'il trompe le plus, qu'il semble se conduire comme un homme de bien. Il feint d'être extrêmement attaché au bien public ; il semble agir au profit de ses sujets. En réalité, il craint surtout leur colère. Dans certains cas de petite importance, il se montrera loyal et juste, mais ce sera pour mieux tromper dans d'autres cas de plus grande importance. En un mot, ce que le roi est, le tyran veut sembler l'être. Il se pare du masque de la vertu, mais, quoi qu'il fasse, on découvre bientôt sa méchanceté.

D'après Languet, l'Etat royal ressemble à l'Etat aristocratique, en ce sens que les plus sages ont voix délibérative au conseil; la tyrannie, c'est l'oligarchie; le conseil se compose des plus méchants et des plus corrompus. Dans le conseil royal, tout le monde est roi; dans le conseil du tyran, il n'y a que des tyrans. La monarchie convoque volontiers l'assemblée de tous les Etats, où l'on envoie comme députés les hommes les plus capables des villes et des provinces. Sans doute, la tyrannie n'empêchera pas les Etats de se réunir, mais elle

fera en sorte, par ses menées sourdes, que les plus grands ennemis de l'ordre y soient envoyés. En somme, le roi n'a en vue que l'utilité publique et le tyran que son propre intérêt. C'est la distinction qu'avait déjà faite saint Thomas. Celui-là est libre, avait-il dit, qui existe pour lui-même, qui est cause de ses propres actions : *Qui sui causa est;* celui-là est esclave, qui est la chose d'autrui : *Qui id, quod est, alterius est.* Lorsqu'un gouvernement ne gouverne que pour lui-même, il traite ses sujets en esclaves; car il s'en sert, non pour eux, mais pour lui. Si, au contraire, il travaille pour le bien commun, il sert ses sujets, au lieu de s'en servir (¹).

Languet dira, après saint Thomas : « Là où l'utilité publi-
» que est préférée au bien particulier, il y a roi et royaume;
» là où le tyran et la tyrannie règnent, le bien particulier est
» préféré au bien public (²). »

La tyrannie, au fond, revêt donc toujours les mêmes caractères : il y a tyrannie lorsque le prince viole les termes des contrats qui ont déterminé les lois de l'Etat.

Mais nous avons vu que Languet a bien soin de distinguer le tyran d'exercice et le tyran sans titre. Cette distinction va l'amener à reconnaître au peuple des droits différents vis-à-vis de ces deux sortes de tyrans.

Il affirme nettement le droit pour un *simple particulier* de prendre les armes contre le tyran sans titre, et la loi Julia qui condamne à mort celui qui se soulève contre le prince, ne trouvera pas ici son application, car « celui-là n'est pas prince qui, sans aucun titre légitime, s'empare de l'Etat ou du pays d'autrui ». Bien plus, celui qui débarrassera son pays d'un tyran sans titre aura droit aux plus grandes

(¹) *De regimine principum,* l. I, c. I.
(²) *Vindic. c. tyr.*, p. 179.

récompenses pendant sa vie, à des épitaphes et à des statues après sa mort.

C'est l'affirmation très nette de la fameuse théorie du tyrannicide dont il nous faut dire en passant quelques mots. Le tyrannicide avait disparu depuis Cicéron des doctrines politiques. Les idées des Pères de l'Église sont assurément contraires à cette théorie : « On doit obéir à l'Etat en tout ce qui n'est pas contraire à la Loi de Dieu. » Les chrétiens n'ont jamais été les meurtriers des rois ou des empereurs : « D'où » viennent, dit Tertullien, les Cassius, les Niger, les Albinus » et ceux qui, entre deux lauriers, ont assassiné César ? D'entre » les Romains, mais non pas d'entre les chrétiens. »

« Ce qui ne nous est pas permis contre l'Empereur ne l'est » non plus contre personne, l'est sans doute encore moins » contre celui que Dieu a fait si grand. (1) »

Cette politique de l'Église ne changea pas après la persécution ; l'Église ne tenta pas de pousser les peuples à la révolte contre les rois ou les empereurs, même criminels ; elle se contentait de les exclure de ses sanctuaires.

« Si l'empereur demande le tribut, écrit saint Ambroise, » nous ne le refusons pas ; les champs de l'Église paient tri- » but. Si l'empereur désire nos champs, il a le pouvoir de » les prendre, personne de nous ne résistera. Nous payons à » César ce qui est à César (2) ».

Le Fils de Dieu ne nous a-t-il pas donné l'exemple en payant lui-même le cens ?

Nous retrouvons la même doctrine chez saint Augustin : « L'Église, composée des citoyens de la Jérusalem céleste, » doit servir tous les rois de la terre. Car la doctrine aposto-

(1) Tertullien, *Apologétique*, 35, 36.

(2) Saint Ambroise, *Epistolæ de Basilicis tradendis*, 38, II, p. 872 (édit. Benedict, cité d'après Janet, t. I, p. 315).

» lique dit : Que toute âme soit soumise aux puissances (¹). »

Ces citations suffisent pour faire connaître la doctrine de l'Église sur la soumission due au pouvoir temporel. On pourrait cependant signaler une divergence d'opinion chez saint Jean Chrisostôme qui place le pouvoir spirituel bien au-dessus du pouvoir temporel.

Avec Jean de Salisbury, théologien du XIIe siècle, nous allons voir apparaître le tyrannicide comme la sanction pratique de la limitation des pouvoirs du prince. Jean de Salisbury vécut de 1110 à 1180 ; il était l'ami et l'auxiliaire de Thomas Becket, archevêque de Cantorbéry qu'Henri II fit assassiner. C'est à la suite de ce crime qu'il écrivit le *Policraticus* où il expose d'une façon théorique la doctrine du tyrannicide.

Il faut distinguer le roi et le tyran. « Il y a deux instincts, » l'amour du juste et l'amour de l'utile. Du premier naît » l'amour de la liberté et de la patrie ; du second la passion » de la domination (²). »

Il faut se défier parfois de l'amour de la liberté : on aimera la liberté pour arriver à la puissance et une fois maître de la puissance on devient tyran : « Le vrai prince combat pour » les lois et pour la liberté du peuple ; le tyran ne croit avoir » rien fait tant qu'il n'a pas supprimé les lois et réduit les » peuples en servitude. Le prince est une image de la Divi- » nité et le tyran est une image de Lucifer. Le prince, image » de Dieu, doit être aimé, honoré, vénéré ; le tyran, image de » la méchanceté diabolique, doit être tué la plupart du temps, » *plerumque occidendus* (³). »

(¹) Saint-Augustin, *De catechizandis rudibus*, CXXI, *Œuvres complètes*, t. VI, p. 287.

(²) *Policraticus*, liv. VIII, chap. V, p. 412.

(³) *Id.*, liv. VIII, chap. XVII, p. 539.

Jean de Salisbury affirme le droit de tuer le tyran, même avec perfidie : « Il faut se conduire autrement avec un tyran » qu'avec un ami ; il n'est point permis de flatter un ami, » mais on peut flatter un tyran. Car il est permis de flatter » celui qu'il est permis de tuer, *ei namque licet adulari,* » *quem licet occidere*. Non seulement tuer un tyran est per- » mis, mais c'est une action convenable et juste (¹). »

L'auteur du *Policraticus* est un religieux fanatique. Il reconnait que parmi les prêtres il peut se trouver des tyrans, mais il s'empresse de déclarer qu'il n'est point permis de lever contre eux le glaive, « à cause du respect dû au sacrement ».

Nous trouvons une étrange restriction que nous devons signaler au droit de tuer le tyran : on ne devra jamais faire usage du poison. »

Jean de Salisbury conclut en affirmant la puissance absolue de l'Eglise ; le prince n'est pour lui que le ministre du prêtre.

Saint Thomas d'Aquin, qui va très loin dans l'affirmation des doctrines démocratiques, puisqu'il se déclare partisan du suffrage universel : « *Et tamen talis principatus ad omnes pertinet, tum quia ex omnibus eligi possunt, tum quia etiam ab omnibus eliguntur* » (²), saint Thomas aura à examiner quels sont les droits du peuple vis-à-vis du prince qui ne remplit pas ses devoirs.

Il n'est pas douteux qu'il a reconnu aux sujets le droit de détrôner les princes quand ils se sont emparés du pouvoir par la violence ou s'en sont rendus indignes par l'usage qu'ils en ont fait. Dans le *De regimine principum,* la doctrine du tyrannicide est formellement condamnée. C'est dans le *Com-*

(¹) *Policraticus,* liv. III, chap. XV, p. 174-175.

(²) *Somme théologique,* quest. 105, art. 1. Cette conception est plutôt théorique. Elle prendra un autre caractère, au XVIᵉ siècle et plus tard, quand il s'agira de limiter la puissance monarchique.

mentaire sur les sentences que la question est surtout examinée par le grand philosophe. Au XVI[e] siècle, on a voulu voir dans un passage de cet ouvrage la reconnaissance du tyrannicide. Cette appréciation est inexacte; saint Thomas se borne à expliquer l'approbation que Cicéron, dans le *De officiis,* donne aux meurtriers de César. Il écrit à ce propos que celui qui tue le tyran est loué, qu'il reçoit une récompense, mais il se contente de constater un fait sans donner pour cela son approbation.

Nous voyons même que d'après saint Thomas le droit du peuple de déposer les rois n'est pas absolu. Ce n'est que lorsqu'il a choisi le roi que le peuple peut aussi le déposer. Hors ce cas, il appartiendra seulement à un pouvoir supérieur, l'Église, de maintenir un roi dans les limites de sa souveraineté.

La discussion sur cette question importante sera reprise au XV[e] siècle, à l'occasion du meurtre du duc d'Orléans par le duc de Bourgogne. Le cordelier Jean Petit, serviteur du duc de Bourgogne, fut chargé de défendre son maître devant le conseil du roi et de justifier le meurtre dont il s'était rendu coupable. Il affirma notamment :

1° « Que tout *vassal et sujet* qui, par convoitise et sortilège, machine contre le salut corporel de son roy et souverain seigneur pour lui tollir et distraire sa très noble seigneurie, est digne de double mort, première et seconde.

2° » Au cas dessus dit, il est licite à chacun sujet, sans quelque mandement, selon les lois morale, naturelle et divine, d'occire ou faire occire celuy trahistre, déloyal et tyran, et non pas seulement licite, mais honorable et méritoire, mêmement quand il est de si grande puissance que justice n'en peut bonnement être faite par le souverain (1). »

(1) Gerson, *Œuvres,* V, p. 7, d'après Enguerrand de Monstrelet.

Gerson dénonça la doctrine de Jean Petit devant l'Université de Paris qui la condamna. Le concile de Constance en fut ensuite fait juge. Les peuples, avait dit Wiclef, peuvent punir leurs chefs à leur volonté. Cette doctrine avait été condamnée par le concile. Gerson espérait bien qu'il en serait de même de l'opinion exposée par Jean Petit devant le conseil du roi. Il fit valoir avec beaucoup de logique et de précision tous les arguments qui militaient contre la théorie du tyrannicide. C'est une loi que nul ne peut se rendre justice à soi-même et que personne ne peut être dans la cause d'autrui témoin, juge, partie et exécuteur. De plus, il est très difficile de distinguer la tyrannie et de savoir, de science certaine, s'il ne peut pas en être fait justice autrement que par la mort. Mais le pape lui-même peut devenir tyran; aura-t-on le droit de le tuer? Le précepte « tu ne tueras pas » a un sens non équivoque. Il signifie que nul ne doit tuer un autre homme s'il n'est pas revêtu de l'autorité publique.

Ces arguments ne triomphèrent pas devant le concile de Constance : 26 voix se prononcèrent pour la condamnation de Jean Petit et 61 contre la condamnation.

Nous arrivons maintenant à la seconde moitié du XVIe siècle, l'époque la plus féconde en écrits de toutes sortes, la grande époque des écrivains polémistes.

Etienne de la Boétie écrivit, encore tout jeune, un opuscule intitulé : *De la servitude volontaire,* qui parut en 1578. C'est un écrivain inspiré des protestants, aux idées très avancées. A vrai dire, la Boétie ne conclut pas formellement au tyrannicide, mais, en fait, cette sanction violente serait la conséquence de ses idées, si elles étaient adoptées. Il affirme, en effet, que le pouvoir politique est nécessairement mauvais. Il s'étonne, il s'indigne que des millions d'hommes acceptent l'autorité d'un maître qui est toujours « le plus lâche de tous ».

Ajoutons que la Boétie n'admet pas plus le pouvoir de tous que le pouvoir d'un seul. Sa conclusion est l'anarchie.

Cet écrivain est cependant intéressant par ses idées sur l'indépendance naturelle de l'homme. Au moyen âge, le contrat n'expliquait que la formation de l'autorité politique, la société était considérée comme un fait naturel. Pour la Boétie, l'homme a vécu originairement à l'état libre et indépendant, la liberté est de droit naturel. C'est la théorie même de J.-J. Rousseau.

La Boétie est surtout célèbre par son amitié avec Montaigne, à qui il inspira une page admirable.

Un écrivain anglais, mais d'origine française, Jean Poynet, écrivit à Strasbourg, en 1548, un ouvrage où l'on retrouve l'esprit des polémistes protestants de notre époque. Pour Jean Poynet, la souveraineté vient du peuple; les sujets ne sont pas tenus d'obéir aux lois injustes. Le tyrannicide est permis; dans certains cas, il est un véritable devoir. C'est chez cet écrivain que l'on trouve pour la première fois au XVIe siècle aussi formellement admise la doctrine du tyrannicide [1].

Citons encore, parmi les écrivains protestants qui ont défendu la doctrine du tyrannicide, Théodore de Bèze qui approuve l'assassinat, en 1563, du duc François de Guise par Poltrot de Méré.

Revenons à Hubert Languet. Notre auteur admet le tyrannicide à l'égard du tyran sans titre. Le tyran sans titre est un véritable fléau que tous et chacun doivent combattre. Quand le feu est à la maison, on court pour l'éteindre, après s'être muni de toutes sortes d'engins, et on n'attend pas que

[1] « The mainfold and continual examples that have been, from time to time, of the deposing of kings and killing of the tyrants, do most certainly confirm it to be most true, just and consonant to God's judgement. » — Jean Poynet (Labitte, *déjà cité*, p. 54).

le capitaine du guet soit éveillé ou que le prévôt de la ville soit sorti dans la rue. Chacun puise de l'eau et monte sur le toit. Lorsque les Gaulois attaquèrent le Capitole, les gardes et les soldats dormaient; les oies crièrent l'alarme. Les soldats et les gardes furent mis à mort et on décida que les oies seraient désormais nourries au Capitole et deviendraient l'objet d'une sollicitude spéciale.

Si Languet admet qu'un simple particulier peut tuer le tyran sans titre, c'est parce qu'aucun contrat ne lie le peuple vis-à-vis de ce tyran qui ne doit son autorité qu'à la force. Voici une restriction bien importante au tyrannicide : si, après s'être emparé de l'État, le tyran obtient la soumission volontaire du peuple, si le royaume consent à accepter d'autres lois que celles sous lesquelles il a jusqu'ici vécu, dès ce moment le tyran a obtenu le titre qui lui faisait défaut, il devient possesseur de droit aussi bien que de fait. Languet, qui se montre parfois homme très prudent, ne veut pas compromettre l'avenir et se réserve la possibilité d'accepter le gouvernement, même usurpateur, qui s'accordera avec son fanatisme religieux.

Lorsque la parole a été donnée, il n'est plus temps de la retirer; le contrat régularise une situation tout d'abord anormale. Lorsque les Carlovingiens tâchaient de s'emparer de la couronne des Mérovingiens, lorsque les Capétiens voulaient, à leur tour, déposséder les Mérovingiens, la résistance était permise, même à un simple particulier, et cette résistance ne constituait pas une sédition. Mais, lorsque le droit à la couronne fut reconnu par les États ou le Conseil public du royaume à ces différents usurpateurs, le tyrannicide cessa d'être permis. La loi salique interdit aux femmes l'accès du trône. Un simple particulier pourra, par tous les moyens, assurer l'observation de cette loi, mais que cette loi vienne à

être abolie par ceux qui ont qualité pour l'abolir, la situation change totalement; de même si le royaume, après avoir été héréditaire, devient électif, etc., etc.

Un simple particulier peut-il prendre les armes contre le tyran d'exercice ? Non, déclare énergiquement Hubert Languet. La tyrannie d'exercice est un gouvernement régulier, en ce sens que le prince qui l'exerce doit son pouvoir à un contrat conclu avec tout le peuple et non pas à l'usurpation. Ici la république n'est pas confiée à la garde des particuliers considérés séparément, elle est placée sous la protection du peuple considéré dans son unité ou, nous le verrons plus loin, de ceux qui le représentent. La résistance d'un homme privé à la tyrannie d'exercice peut paraître juste, elle n'en est pas moins une sédition : « Il n'a pas le droit de dégainer sans commandement. » Les particuliers n'ont pas contracté séparément avec le prince, ce n'est pas à leur consentement isolé que le prince doit son pouvoir, mais à la volonté générale. Seule la volonté générale aura qualité pour ordonner la résistance.

Si le prince accable le peuple d'impôts déraisonnables, s'il le traite avec cruauté, les particuliers se soumettront docilement. Ce mal est peut-être un mal nécessaire d'où le bien sortira.

Cette tyrannie est peut-être un châtiment de Dieu; on devra la supporter aussi patiemment que le dommage causé par la grêle, par une inondation ou par une tempête; on pourra néanmoins changer de pays, ce que fit Jésus-Christ quand il partit en Egypte.

On voit combien toutes ces solutions, données par Languet, sont d'ordre pratique pour le temps où il vivait. En affirmant une opinion d'ordre général, il justifie la conduite de tous les protestants qui, pendant les guerres de religion,

allèrent chercher refuge à l'étranger et sa propre conduite.

C'est surtout à la fin du XVIe siècle que la doctrine du tyrannicide se trouve nettement affirmée et cela chez les écrivains catholiques. Nous avons déjà cité les principaux écrivains qui ont écrit sur ce sujet en signalant la transformation qui s'opère dans les esprits au moment où l'hérédité royale appelle au trône un prince protestant. Nous ne revenons pas sur ce point déjà traité.

CHAPITRE IX

A QUI L'EXERCICE DU DROIT DE RÉSISTANCE APPARTIENT-IL ? THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION

Hubert Languet admet le tyrannicide à l'endroit du tyran sans titre. C'est la sanction la plus énergique que l'on puisse donner à une théorie de la souveraineté limitée. Nous en avons assez dit sur ce point dans le chapitre précédent; c'est du tyran d'exercice que nous devons maintenant nous occuper. Tout ce que nous allons dire des droits des Parlements, des Etats, des officiers ou des magistrats, vis-à-vis des tyrans d'exercice, s'appliquera *a fortiori* aux tyrans sans titre.

Les princes étant nés hommes, ont les qualités et les défauts de tous les hommes, la raison et la passion; cela étant, on ne devra pas appeler immédiatement tyran un prince qui ne respectera pas la Loi de Dieu comme il le doit, et ne rendra pas la justice comme il convient, ou ne repoussera pas vaillamment l'ennemi au delà des frontières, car cette conduite pourra être momentanée et irraisonnée. Mais si, au contraire, de propos délibéré, le prince outrage Dieu, ruine l'Etat, s'il bouleverse tous les droits et méconnaît tous les devoirs, s'il manque à son serment, s'il n'observe pas les conventions, s'il traite ses sujets comme des ennemis, alors réellement se pose la question de l'intervention du peuple pour arrêter cette tyrannie. A ce moment-là, il n'est plus question de conseils à donner, de torts à redresser; la perfidie est devenue incor-

rigible, on la fera disparaître de l'Etat en détrônant le prince qui la pratique. Qu'on ne songe pas à patienter, à supporter un tel prince ! « Plus le tyran est supporté, plus il se rend insupportable. »

Soyons cependant très prudents, ajoute Languet, dans les châtiments des rois devenus tyrâns. Souvent le remède est pire que le mal. Dès que le mal se produit, avant qu'il augmente, le peuple doit avertir charitablement le prince. « La tyrannie ressemble à une fièvre hectique, laquelle, au commencement, est facile à guérir, mais malaisée à connaître, puis, lorsqu'elle apparaît clairement, est devenue incurable. »

Il faut nous souvenir aussi que Dieu permet quelquefois que les hypocrites règnent pour les péchés des peuples. Dans ce cas, la résistance est inutile, il faut prier : « *Non pedibus, non manibus, sed genibus flexis opus esset.* »

Nous voici arrivés à ce droit de résistance, même par les armes, qui existait dans l'antiquité mais que l'on ne retrouve que chez quelques rares écrivains au moyen âge. Les docteurs de cette époque ne reconnaissaient qu'à l'Eglise le droit de résister. Le pape seul pouvait délier le peuple de son serment de fidélité. Ici le peuple se délie lui-même. Il a contracté avec Dieu solidairement avec le roi, il a aussi contracté avec le roi; le contrat violé par le roi, le peuple devient libre vis-à-vis de lui.

En répondant à cette question : « A qui, dans le cas où la résistance est de droit, appartient-il de l'exercer? », Languet résoudra par là même le problème du gouvernement direct du peuple par le peuple ou du gouvernement représentatif. Si le peuple seul, qui est en droit le souverain, selon Languet, a lui-même la garde de ses lois, si rien dans l'Etat ne se fait que par lui, sans aucun intermédiaire, nous sommes sous le régime du gouvernement direct ou du *referendum*. Si, au

contraire, le peuple délègue ses droits à une assemblée ou à un groupe d'officiers, voire même à un individu, pour les exercer en son nom, nous réalisons le gouvernement représentatif.

Le prince doit respecter la Loi de Dieu et les lois du royaume. S'il outrepasse les bornes de sa souveraineté, faudra-t-il, se demande Languet, que toute une populace, « cette bête qui porte un million de têtes », se révolte et accoure en désordre pour assurer l'exécution des lois?

« Quand nous parlons de tout le peuple, répond Languet, » nous entendons par ce mot ceux qui ont en main l'*auto-* » *rité déléguée* du peuple, c'est-à-dire les magistrats qui » sont les surveillants du roi et qui représentent le corps du » peuple, les Etats qui sont l'image réduite du peuple [1]. » Voilà comment notre novateur limite ses affirmations.

Dans tout royaume bien gouverné, pense Languet, la souveraineté s'exerce par représentation. La représentation réside dans des princes, des officiers de la couronne, des pairs, des grands seigneurs, des députés, lesquels composent les Etats, les Assemblées extraordinaires, les Parlements, les Journées ou toutes autres assemblées selon les lois du pays. Tous ces individus qui, considérés séparément, sont inférieurs au roi, réunis en groupe, lui sont supérieurs comme le peuple lui-même. Un exemple tiré des lois de l'Eglise va aider Hubert Languet à établir sa démonstration. Les conciles de Bâle et de Constance ont décidé que le concile universel est supérieur au pape. De même, le Chapitre est supérieur à l'évêque, l'Université au recteur, la Cour au président. Bref, tenant ses pouvoirs du peuple ou de l'assemblée qui le représente, le roi est inférieur à cette assemblée.

[1] *Vind. c. tyr.*, p. 85.

Mais nous n'insisterons pas sur ce point, qui a été suffisamment expliqué précédemment.

La multitude est incapable d'exercer elle-même les pouvoirs dont elle est titulaire; on ne peut lui confier cet exercice sans grand péril : « Tout ce que nous avons dit, écrit » Hubert Languet, des privilèges octroyés et du droit confié » au peuple, doit se rapporter aux députés et aux officiers » du royaume. » Dans ces quelques lignes, apparaît, très nettement affirmée, la théorie de l'Etat représentatif. Languet ajoute un peu plus loin que tout ce qui est fait par les représentants du peuple doit être considéré comme fait par le peuple lui-même.

Sans doute, il n'en a pas toujours été ainsi. Dans les très petits royaumes, dont les frontières étaient parfois les limites mêmes d'une ville, le roi consultait directement l'assemblée du peuple, tout au moins sur les affaires importantes. Ainsi, le roi de Sichem n'ose pas conclure un traité d'alliance avec Abraham sans le consentement du peuple. Mais, lorsque les rois reculèrent leurs frontières, lorsqu'il devint impossible au peuple de s'assembler tout entier dans un même lieu, on institua des officiers du royaume pour exercer ses droits. Dans certains cas, cependant, le peuple pouvait être assemblé en totalité ou en partie.

Dans le royaume de Perse, il y avait auprès du roi les sept Mages ou Sages dont il était tenu de prendre conseil; dans le royaume de Sparte, on voyait les Ephores auxquels on appelait des sentences rendues par les rois et qui jugeaient les rois eux-mêmes. En Egypte, le peuple élisait des officiers chargés d'empêcher le roi de rien tenter contre les lois. Du temps des empereurs, il y avait un Sénat, des consuls, des préteurs, de grands prévôts de l'Empire, des gouverneurs des provinces. On appelait tous ces personnages les magis-

trats et les officiers du peuple romain. A notre époque enfin, si nous exceptons la Turquie et la Moscovie et quelques autres pays qui sont plutôt des brigandages que des Etats, nous voyons qu'il n'est pas un pays qui ne soit ou qui n'ait été jadis gouverné de la façon que nous venons de décrire. Nous allons voir, du reste, que Languet distingue les officiers du roi et les officiers du royaume.

Le peuple est représenté par les officiers du royaume ou de la couronne. C'est par eux que sera exercée l'autorité du peuple.

Les officiers du roi sont nommés et révoqués par le roi comme il lui plait ; après sa mort, ils ne sont rien. Les officiers du royaume, au contraire, sont nommés par le peuple dans ses Etats et reçoivent de lui leur autorité; lui seul peut les révoquer. Les uns dépendent du roi, les autres du royaume; ceux-là, du roi, considéré comme premier officier du royaume, ceux-ci, du peuple qui leur délègue sa souveraineté.

Les officiers du roi ont soin de la personne du roi; les officiers du royaume ont la garde de l'Etat; les premiers sont des serviteurs domestiques du roi; les seconds veillent au maintien des droits et des privilèges du peuple et pour cela contrôlent les actes du roi. En un mot, ils participent à la puissance royale, gèrent les affaires de l'Etat avec le roi qui tient au milieu d'eux le premier rang. Séparément, chacun de ces officiers est au-dessous du roi; réunis, ils lui sont supérieurs parce qu'ils représentent tout le corps du peuple qui est souverain.

Dans l'empire d'Allemagne, qui est électif, on trouve des Electeurs et des princes laïques et ecclésiastiques, des comtes, des barons, des villes impériales avec leurs députés. Ces personnalités ont la garde de l'Empire et le soin du bien public.

L'Empire a son chancelier comme l'empereur a le sien ; l'un et l'autre ont leurs officiers, leurs finances, leurs trésoriers distincts. L'empereur « fait hommage à l'Empire » ; n'est-ce pas dire que l'Empire est-au dessus de l'empereur?

En Pologne, il en est de même, et demander dans ce pays « quel est le plus grand, le roi, ou le peuple du royaume » représenté par les seigneurs et les magistrats, cela revien» drait à rechercher si, dans la ville de Venise, le duc est » au-dessus de la seigneurie ».

En sera-t-il de même dans les royaumes héréditaires? Le royaume de France était jadis organisé de la même façon. Sans doute, aujourd'hui, dit Languet, ceux qui ont la charge de l'Etat ne remplissent pas leurs devoirs, mais cela ne prouve pas que ces devoirs n'existent pas.

Le roi a ses serviteurs, grand-maître, valets de chambre, veneurs, écuyers, échansons, etc. ; après la mort du roi, ils perdent leurs fonctions. Le grand-maître les réunit, rompt son bâton et leur dit : « Votre maître est mort, que chacun se pourvoie. »

Le royaume a aussi ses officiers, le maire du palais, depuis appelé connétable, les maréchaux, l'amiral, le chancelier, les secrétaires trésoriers, etc., que l'assemblée des Trois Etats nommait autrefois. Depuis que le Parlement réside à Paris, ces officiers n'entrent en fonctions qu'après avoir été reconnus et approuvés par le Parlement; lui seul peut les révoquer. Ils prêtent serment au peuple d'abord, au roi ensuite. Quand le roi remet l'épée au connétable, il lui dit de ceindre l'épée pour maintenir et défendre l'Etat.

Le royaume de France a ses pairs. C'est entre leurs mains que, le jour du sacre, le roi prête serment, comme en présence de tout le peuple. Ces pairs sont donc au-dessus du roi. Ils jurent qu'ils conserveront non pas le roi, mais la

couronne et qu'ils se trouveront, en temps de paix ou de guerre, au conseil du roi pour l'assister.

Mais les pairs de France ont même jugé quelquefois les procès survenus entre le roi et ses sujets. Lorsque Charles VI voulut rendre une sentence contre le duc de Bretagne, ils s'y opposèrent, affirmant qu'eux seuls pouvaient connaître de ce fait.

Le Parlement de Paris a succédé aux pairs et il y a, en outre, des ducs, marquis, comtes, vicomtes, barons, sénéchaux, châtelains, et dans les villes, des maires, baillis, lieutenants, capitaines, consuls, syndics, échevins, etc., qui doivent veiller au bien public dans un ressort déterminé.

Anciennement enfin, tous les ans, et depuis moins souvent, seulement quand la nécessité l'exige, les trois Etats du royaume se réunissaient où étaient convoqués toutes les provinces et les villes, les roturiers, les nobles, les ecclésiastiques. On rédigeait des cahiers et on élisait des députés tenus de s'y conformer. Ces députés réunis « ont plus de puissance que le roi » et limitent très étroitement sa souveraineté. Languet cherchera à le démontrer.

Les deux grandes autorités qui représentent l'autorité du peuple au seizième siècle, sont donc, pour Languet, le Parlement et les Etats. Au début de cette étude, nous avons exposé quelles étaient, en fait, l'autorité de ces assemblées, les revendications qui y furent formulées relativement à la limitation de la souveraineté du prince, et dans quelle mesure ces revendications triomphèrent. Nous ne reviendrons pas sur ce point, mais nous allons voir ce que pensait Languet de l'intervention du Parlement et des Etats dans les affaires publiques.

Le Parlement de Paris, « juge entre le roi et le peuple, » voire entre le roi et un simple particulier » [1], est tenu de

[1] *Vindic. c. tyr.*, p. 97.

protéger le plus humble sujet du roi contre le procureur du roi s'il agit contrairement au droit. Même si le roi, dans son conseil, prend une décision, s'il conclut une alliance avec ses voisins, s'il déclare la guerre ou la paix, ses ordres ne recevront leur exécution qu'après intervention du Parlement. Aucune décision du roi n'est valable sans avoir été enregistrée par le Parlement. Les lettres devront être contresignées par le secrétaire du royaume que l'on appelle communément le secrétaire d'Etat.

L'autorité des Etats a toujours été telle que les décisions qu'ils ont prises relativement à la paix ou à la guerre, à la régence, à la création de nouveaux impôts, s'imposaient à l'observation de tous. Ils avaient même le pouvoir d'envoyer dans un monastère les rois convaincus de débauche, de négligence ou de tyrannie, et même d'écarter du trône des races entières. C'est là assurément une appréciation inexacte. Languet raconte l'histoire à sa façon. Les premiers Etats généraux se réunirent sous Philippe le Bel et jamais, depuis cette époque, les Capétiens n'ont été écartés de la couronne, quelles que fussent à ce sujet les prétentions des Etats.

Pour Languet, la succession au trône a été *tolérée* pour éviter les manœuvres, les intrigues des candidats au trône et ensuite les rancunes des candidats exclus, les interrègnes, et autres inconvénients du système électif. Mais, lorsque le système héréditaire plaçait sur le trône un tyran, les Etats du royaume, légitimement assemblés au nom de tout le peuple, avaient le droit de chasser le tyran et d'élire un bon roi à sa place. Languet cite des exemples tirés des Gaulois et des peuples chrétiens.

C'est non seulement, écrit Languet, un droit pour les officiers du royaume de résister à un roi qui devient tyran, c'est aussi un devoir formel, et ils sont sans excuses s'ils ne l'accom-

plissent pas. Les officiers n'ont pas été établis par le peuple pour parader dans les cérémonies, richement habillés, à côté du roi. Qu'ils ne croient pas s'être acquittés de leur mission après avoir « tiré le rideau », comme autrefois les chevaliers de la Table ronde. Qu'ils se persuadent bien qu'ils n'ont pas à jouer des jeux enfantins pour amuser le public. Sans doute, ils participent à l'honneur, mais aussi à la peine. La république a été confiée au roi comme au souverain et principal tuteur; et aux officiers comme à des conseillers et des *cotuteurs* avec le roi.

De même que les cotuteurs sont nommés pour surveiller la gestion du principal tuteur, pour empêcher que les biens du pupille soient dilapidés, de même les officiers ou les magistrats, c'est-à-dire ceux à la garde desquels le peuple s'est confié, doivent veiller à ce que le roi n'entreprenne rien au préjudice du peuple, ils doivent veiller au maintien de tous les droits du peuple. Hubert Languet poursuit sa comparaison. Qu'arrive-t-il lorsque un tuteur n'accomplit pas les devoirs de sa tutelle, s'il n'agit pas honnêtement, s'il compromet la situation de son pupille ? Les cotuteurs interviennent et, s'ils ne le font pas, ils sont responsables des fautes du tuteur. De même, ceux qui ont charge du peuple, Electeurs, Pairs, Magistrats, Officiers, doivent veiller sur le gouvernement du prince, prévenir la tyrannie, suppléer à son inconduite par leur application et leur diligence. Ils doivent agir contre le prince qui, au lieu d'être pour son peuple un vrai père de famille, se déclarera l'ennemi de son peuple, car ils sont responsables des actions du prince. La république leur a été confiée aussi bien qu'au prince. Ils ont promis d'assurer le bien public; ils devront maintenir le prince dans ses devoirs.

Que dirait-on des évêques qui supporteraient un pape héré-

tique ? Ils seraient considérés comme des prévaricateurs, des traîtres, des déserteurs. Il en serait ainsi de ceux qui représentent légitimement le peuple auprès du roi, qui feraient preuve d'une semblable négligence. Mais le pape lui-même peut être déposé par les cardinaux dans un concile « s'il scandalise l'Eglise universelle », et cependant le pape se vante d'être le roi des rois, « autant au-dessus de l'empereur que le soleil au-dessus de la lune » ; il s'attribue le pouvoir de déposer, quand bon lui semble, les rois et les empereurs. Est-ce qu'on pourra raisonnablement contester à l'assemblée publique d'un royaume le droit de détrôner un tyran et même de déposer un roi dont le gouvernement serait contraire au bien public ?

L'empereur Trajan ne pensait pas être au-dessus des lois ; il ne voulait pas qu'on l'épargnât s'il devenait tyran ; il disait au grand prévôt de l'empire, en lui remettant l'épée : « Si je commande comme il faut, aide-moi avec cette épée ; si j'agis autrement, dégaine-la contre moi. »

Il ne faut pas admettre cette opinion trop généralement répandue que la limitation des pouvoirs du roi diminuerait sa majesté. Dieu ne peut pécher, et cette impossibilité ne diminue pas sa puissance, car « son empire ne peut jamais être détruit ». Ce ne sera pas rabaisser un roi, lequel a naturellement les défauts de tous les hommes, que de placer auprès de lui des conseillers qui l'empêcheront de commettre des fautes : « Direz-vous qu'un homme est moins sain, parce qu'il » est environné de médecins qui lui conseillent de fuir l'in- » tempérance, qui lui défendent de manger des viandes nui- » sibles à son estomac, et qui même le purgent souvent, bien » qu'il n'en soit pas d'avis et qu'il leur résiste ? Lesquels » seront ses meilleurs amis, de ces médecins qui prennent » soin de sa santé, ou de ces flatteurs qui lui présentent à

» tout instant des aliments qui finalement amèneront sa » mort ? (1). »

Comme de bons tuteurs, les magistrats doivent sauvegarder les droits du peuple ; s'ils ne le font pas, ils tombent sous le coup de l'action de la tutelle : « *Ni faciant, actione tutelæ tenentur* (2). »

C'est à la majorité qu'ils prennent une décision. Cette décision est censée prise par tous et par suite par le peuple tout entier : « *Quod major pars principum seu optimatum fecerit, omnes, quod omnes, universus populus fecisse dicitur* (3). » C'est la doctrine moderne de la souveraineté nationale dans les Etats représentatifs. Cette idée de la « loi de la majorité » trouvera son expression la plus complète dans le *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau, mais il y aura une différence fondamentale entre le système politique de Languet et celui que préconisera Rousseau. Languet admet la représentation et même l'aliénabilité de la souveraineté populaire. Les magistrats, les officiers sont pour lui les tuteurs du peuple ; le peuple leur a remis sa puissance ; il ne peut rien faire sans leur consentement. Le jour où il leur a ceint l'épée, il s'est livré à eux comme à des tuteurs, comme au préteur de Rome qui réglait les différends entre les serfs et leur maître. Si un conflit s'élève entre le roi et les sujets, les magistrats auront qualité pour le résoudre. Il ne faut pas que les sujets puissent être juges dans leur propre cause.

Rousseau n'admettra qu'à regret un gouvernement et il aura bien soin de l'opposer au souverain. Le souverain, c'est la volonté qui, dans l'homme, détermine un acte libre ; le gouvernement, c'est la force qui l'exécute. S'il y a un gouverne-

(1) *Vindic. c. tyr.*, p. 101.
(2) *Id.*, p. 50.
(3) *Id.*, p. 50.

ment, c'est parce qu'il faut au souverain un agent pour exécuter ses ordres. Il y a trois parties dans le corps politique : le souverain qui commande, le gouvernement qui exécute, le sujet qui obéit. En un mot la souveraineté est inaliénable, car « n'étant que l'exercice de la volonté générale, elle ne peut jamais s'aliéner; la volonté ne peut pas se transmettre (1). »

« La souveraineté consiste essentiellement dans la volonté générale et la volonté ne se représente point; elle est la même ou elle est une autre; il n'y a point de milieu (2). »

« Il n'est pas impossible qu'une volonté particulière s'accorde sur quelques points avec la volonté générale; il est impossible au moins que cet accord soit durable et constant (3). »

Jamais le peuple n'a pu conclure un contrat pour créer le gouvernement; par un contrat, les deux parties sont engagées et le souverain, par définition même, ne peut prendre aucun engagement qui le lie ; « Les dépositaires de la puissance exécutive ne sont point les maîtres du pouvoir, mais ses officiers, il peut les établir et les destituer quand il lui plaît; il n'est pas question pour eux de contracter, mais d'obéir (4). »

« A l'instant que le peuple est légitimement assemblé en corps souverain, toute juridiction du gouvernement cesse. La puissance exécutive est suspendue et la personne du dernier citoyen est aussi sacrée et inviolable que celle du premier magistrat, parce que, où se trouve le représenté, il n'y a plus de représentant (5). » Pour Rousseau, le type de l'Etat bien compris, c'est celui des anciennes républiques où l'on votait dans la rue et sur les places publiques. « Chez les

(1) *Contrat social*, liv. II, chap. I.
(2) *Id.*, liv. III, chap. XV.
(3) *Id.*, liv. III, chap. XV.
(4) *Id.*, liv. III, chap. XVIII.
(5) *Id.*, liv. III, ch. XIV.

Grecs, tout ce que le peuple avait à faire, il le faisait par lui-même; il était sans cesse assemblé sur la place, il habitait un climat doux, il n'était point avide. Les esclaves faisaient ses travaux, sa grande affaire était la liberté ([1]). »

Nous aurons l'occasion de revenir, à la fin de cette étude, sur le *Contrat social* qui eut une si grande influence sur la Révolution française. Disons seulement que, pratiquement, les décisions seront prises à la majorité. Logiquement, Rousseau eût dû exiger dans chaque vote l'unanimité; mais il ne pouvait méconnaître que cette unanimité des volontés ne se rencontrera jamais ou presque jamais. Aussi se contente-t-il de la majorité, et il ne reconnaît — c'est un point important — aucun droit à la minorité vis-à-vis de laquelle la majorité a les pouvoirs les plus absolus. On aperçoit d'ici les dangers d'une pareille doctrine.

A ce point de vue, Hubert Languet diffère sensiblement de Jean-Jacques Rousseau. Que la majorité vienne à se mettre d'accord avec le roi pour violer la Loi de Dieu et opprimer le peuple, la minorité ne sera pas pour cela désarmée. Jamais un simple particulier ne pourra prendre les armes contre un tyran d'exercice, pour cette bonne raison qu'il n'a pas de puissance, pas de charge publique, que ni Dieu ni le roi n'ont traité avec lui; Dieu n'a pas mis le glaive dans sa main. Ce qui est dû au corps universel n'est point dû aux particuliers. De même, ce que doit le corps du peuple n'est pas dû par les particuliers. Une collectivité quelconque de la minorité, une ville, un corps de magistrats, peut refuser d'obéir aux ordres d'un tyran; mais procédons par ordre.

Supposons que, sur un navire, le pilote s'enivre, la plupart de ses aides s'endorment ou, après avoir bu à outrance,

([1]) *Contrat social*, liv. III, ch. XV.

regardent sans s'en préoccuper le vaisseau courir sur un écueil. Quel est le devoir d'un sous-ordre vigilant? Attendra-t-il, pour prendre en main le gouvernail, d'en avoir reçu l'ordre de ceux qui se sont mis dans l'impossibilité de le lui donner ? Sans hésitation il devra agir pour le salut du navire. Supposons qu'un prince ruine l'Etat et que, pour cette détestable besogne, les principaux du royaume s'entendent avec lui. Quel sera le devoir de celui ou de ceux d'entre eux qui, plus fidèles à leurs engagements et plus justement inquiets de la situation, ne pactisent pas avec la tyrannie? Devront-ils se contenter d'avertir leurs compagnons du danger qu'ils font courir à l'Etat et de les rappeler à leurs devoirs ? Feindront-ils de rester sourds aux lamentations du peuple ? Ils devront empêcher immédiatement que la république ne reçoive aucun dommage; malgré le roi lui-même, malgré la majorité de ses conseillers, ils sauveront l'Etat de sa perte. Ce devoir strict résulte du serment qu'ils ont prêté au jour de l'installation du roi; ils ont juré ensemble, et chacun séparément, d'assurer le bien du royaume. La solidarité de leur engagement oblige les uns à défaut des autres. Languet reprend ici ses arguments tirés de la solidarité que nous avons vu invoquer par lui lorsqu'il étudiait le contrat conclu entre Dieu d'une part, le roi et le peuple de l'autre : « Si » plusieurs sont débiteurs solidaires d'une même somme, si » l'un fait banqueroute les autres seront-ils pour cela déliés » de leurs engagements? [1]. » Bien au contraire, chacun étant tenu pour le tout, le créancier pourra exiger le paiement de ce qui lui est dû de l'un quelconque des débiteurs.

Que se passe-t-il dans la tutelle? Les cotuteurs sont tous chargés au même titre et avec la même responsabilité de l'admi-

[1] *Vindic. c. tyr.*, p. 207

nistration des biens du pupille. Si quelques-uns manquent à leurs devoirs, les autres ou l'un d'eux devront exécuter les engagements pris en commun. L'un d'eux pourra même traduire en justice tous les autres tuteurs coupables de négligence et obtenir que la tutelle leur soit retirée. Nous en dirons de même des magistrats ou officiers du royaume, connétables, maréchaux, pairs ou autres.

Ce n'est pas seulement aux magistrats ou officiers qui environnent le roi qu'il appartiendra de le maintenir dans ses devoirs. Dieu n'a pas seulement traité avec l'ensemble du peuple représenté par ses magistrats. Toutes les villes et les magistrats de ces villes ont promis, chacun d'eux pour son compte et en termes formels, d'assurer l'observation de la Loi de Dieu; tous ont conservé leurs droits vis-à-vis du roi. A tous par conséquent appartiendra le droit de résistance. Les particuliers ne sont rien, ils ne sont pas considérés comme partie du corps entier, pas plus que les clous ou les chevilles dans un bateau ne font partie du bateau. Les villes et les provinces au contraire constituent bien une portion du royaume comme « la proue, la poupe, la carène et autres parties semblables forment le bateau ». Dans l'empire d'Allemagne, au couronnement de l'empereur, les Electeurs, les princes de l'empire, tant laïques qu'ecclésiastiques se rendent en personne ou envoient leurs ambassadeurs. Les prélats, comtes, barons et tous les députés des villes y viennent aussi. Ils rendent hommage à l'empereur pour eux-mêmes et pour ceux qu'ils représentent. Supposons qu'un de ces hauts personnages, après avoir rendu hommage à l'empereur, tente de le détrôner et de prendre sa place; les princes et les barons s'entendent avec lui : croyez-vous que Strasbourg ou Nuremberg, qui ont prêté serment au légitime empereur, n'ont pas le droit de résister à l'usurpateur? Si les officiers

du royaume doivent protéger l'ensemble du royaume contre la tyrannie, les magistrats ou les députés des provinces doivent, au même titre, défendre le bien qui leur est confié et résister au tyran. Le devoir des particuliers sera d'aider les magistrats dans leur résistance et de tout leur pouvoir.

Languet ne se résout qu'à regret à ne pas reconnaître au peuple un droit plus complet de résistance. On comprend qu'il voudrait pouvoir proclamer le droit individuel à l'insurrection. Bien des fois il s'est défendu d'aller jusque-là ; il n'a admis le tyrannicide que vis-à-vis du tyran sans titre ; il n'a reconnu à l'homme privé, opprimé par un tyran d'exercice, que le droit de fuir à l'étranger. Mais nous allons voir que cette restriction du droit de résistance est bien illusoire ; en terminant le *Vindiciæ contra tyrannos*, Hubert Languet aura la satisfaction de proclamer que Dieu peut quelquefois, dans l'inaction des magistrats du royaume, des provinces, des villes ou autre fraction organisée, susciter un envoyé extraordinaire qui prendra en main la défense du peuple opprimé, contre le tyran oppresseur.

Ce droit de Dieu de susciter des envoyés extraordinaires pour combattre la tyrannie paraît à Languet parfaitement admissible, puisqu'il arrive parfois à Dieu d'armer des tyrans sans titre sortis du peuple pour punir le peuple de ses péchés. Il pourra du même milieu faire sortir des libérateurs.

Languet place très haut ces envoyés extraordinaires, bien au-dessus des magistrats « à quelque degré qu'ils puissent être ». Mais comme Dieu ne peut nous les désigner expressément, nous devrons être très prudents avant de reconnaître dans un homme privé un envoyé de Dieu ; autrement nous risquerions de tomber d'un mal dans un pire. Il faut craindre les imposteurs, les hommes « gonflés d'arrogance », pleins de vanité, prompts à s'attribuer une vocation qu'ils n'ont pas.

Si nous n'étions pas circonspects, il pourrait arriver ce qui est advenu à plusieurs républiques d'Italie. Ces républiques croyant chasser un mal présent en préparaient un beaucoup plus insupportable. Les anabaptistes de Munster ont eu à subir le même triste sort.

A quels signes visibles reconnaîtra-t-on cet envoyé extraordinaire? Il n'y en a pas. Lui seul peut comprendre que « Dieu travaille miraculeusement dans son cœur, qu'il a un esprit vide de toute ambition, un zèle vrai et ardent, une science droite et une conscience », en un mot qu'il est le libérateur désigné par Dieu.

Il faut avouer que ces garanties sont bien peu solides et nous conclurons de cette étude du *Vindiciæ contra tyrannos* que Languet a poussé aussi loin que possible, bien qu'il s'en défende, toutes les conséquences de l'idée démocratique.

Dans une page très concise de son ouvrage, Hubert Languet résume ainsi tout son système politique : « Les princes » sont élus par Dieu, mais institués par le peuple. Le prince » est supérieur à chaque particulier, mais inférieur à tous et » à ceux qui représentent le tout, c'est-à-dire les magistrats » ou les grands. Il intervient dans l'institution du roi un con- » trat entre le prince et le peuple, contrat tacite ou exprès, » naturel ou civil, dont les officiers du roi sont les gardiens. » Celui qui viole ce pacte est un tyran *ab exercitio*. Les ma- » gistrats ont le droit de le ramener au devoir par la force, » s'ils ne peuvent faire autrement. Mais les hommes privés » n'ont pas le droit de tirer le glaive contre un roi légitime, » fût-il tyran dans le fait. Quant au tyran sans titre, *absque* » *titulo*, comme il n'y a aucun contrat passé avec lui, tous, » même les particuliers, peuvent se soulever contre lui (1). »

(1) *Vindic. c. tyr.*, in fine.

CHAPITRE X

FRANÇOIS HOTMAN

Dans une étude sur l'idée de souveraineté chez les écrivains protestants français de la seconde partie du XVIe siècle, il est impossible de ne pas rapprocher François Hotman de Hubert Languet, le *Franco Gallia,* écrit en 1573, du *Vindiciæ contra tyrannos* qui est de 1579.

Après nous être assez longuement étendu sur le second de ces écrivains, nous allons consacrer un chapitre à l'étude du *Franco Gallia.*

Languet et Hotman sont tous les deux des jurisconsultes, mais ils fortifient leurs raisons juridiques par des arguments tirés de l'histoire. La constitution de la France n'est pas écrite ; aussi est-il loisible aux polémistes de tous les partis de l'interpréter à leur façon. Languet, nous le savons, a étudié l'histoire de France, mais, pour lui, les exemples tirés de l'histoire sainte ont surtout de la valeur et de l'autorité. Hotman se consacre uniquement à l'étude de l'histoire de France, c'est dans cette histoire qu'il trouvera des précédents à l'appui de l'interprétation qu'il donnera du vrai caractère des institutions politiques de la France.

Mais, comme chez Languet, l'esprit de système et les arrière-pensées religieuses domineront chez Hotman. Pas plus que de l'auteur du *Vindiciæ contra tyrannos*, on ne pourra dire de l'auteur du *Franco Gallia* qu'il a exprimé

une pensée indépendante, affranchie d'esprit de secte. Mais il y a mieux : nous signalerons parmi les œuvres d'Hotman un opuscule qu'il écrivit à la fin de sa vie, au moment où le roi de Navarre, prince protestant, est devenu, par application de l'hérédité royale, l'héritier présomptif du trône de France. C'est le *De Jure successionis* dans lequel notre écrivain, qui a soutenu dans le *Franco Gallia* les théories démocratiques les plus avancées, se montre maintenant partisan enthousiaste de la monarchie absolue héréditaire.

Un mot sur la vie agitée d'Hotman; nous comprendrons plus facilement le caractère de ses écrits.

François Hotman naquit à Paris le 23 août 1524. Son père, Pierre Hotman, remplissait les fonctions de conseiller au Parlement de Paris.

Après avoir fait ses études de droit à l'Université d'Orléans, François Hotman entra au barreau qu'il quitta bientôt pour revenir à ses livres. A l'âge de vingt-deux ans, nous le trouvons professeur de droit romain à l'Université de Paris; il compte parmi ses élèves Etienne Pasquier. Vers la même époque, Cujas professait à Toulouse et Donneau à Bourges.

Hotman embrassa avec ardeur les idées de la Réforme; il dut se séparer de son père, catholique convaincu, et se retirer à Lyon, puis à Genève auprès de Calvin. Il publia pour vivre divers écrits, puis, sur la recommandation des calvinistes français, il obtint, à l'Académie protestante de Lausanne, une chaire d'humanités. En 1555, Calvin lui fit avoir une chaire de droit civil à Strasbourg.

Hotman, qui s'était jeté à corps perdu dans le parti de la Réforme, apporta la discorde dans la paisible Université de Strasbourg. Il s'y fit de nombreux ennemis, parmi lesquels je citerai Beaudoin, qui professait le droit romain.

Mais Beaudoin quitta Strasbourg pour Heidelberg. Hotman

resta sans rival à Strasbourg. Ses leçons avaient un grand succès, on venait les écouter de partout; il devint en peu de temps un professeur célèbre. En 1556, Albert de Brandebourg, lui offrit une chaire à Kœnigsberg; en 1559, le landgrave de Hesse l'appela à Marbourg ; les princes de Saxe à Leipzig et à Wurtemberg, et Elisabeth à Oxford. Mais Hotman ne voulait pas quitter Strasbourg et Calvin; il comptait, du reste, que la mort de Henri II apporterait un changement dans la situation des protestants français.

Strasbourg était une des places fortes les plus importantes des protestants ; elle demeurait en relation constante avec les princes protestants voisins.

Souvent, Hotman fut chargé de missions, notamment auprès de l'Electeur Palatin et du duc de Wurtemberg. En 1556, il accompagna Calvin au synode de Francfort.

Sous le gouvernement des Guise, les guerres religieuses continuaient, très violentes. Les réfugiés français, dont le nombre augmentait de jour en jour, se concertaient et cherchaient à établir un plan de conduite, à organiser le parti.

A ce moment se place la conspiration d'Amboise. Beaudoin accuse Hotman d'en avoir été un des principaux instigateurs. Il aurait écrit contre le cardinal de Lorraine un libelle intitulé *Epistre adressée au tygre de la France,* pamphet extrêmement violent. Nous avons aussi contre Hotman, conspirateur à Amboise, le témoignage de Jean Sturm (1).

C'est Jean Sturm, recteur de l'académie de Strasbourg, qui en 1555, sur la recommandation de Calvin, fit nommer Hotman professeur de droit dans cette académie. Quand la conspiration d'Amboise eut échoué, Hotman cria à la trahison, il accusa Coligny, puis Sturm d'avoir livré les protestants au

(1) V. deux lettres inédites de Jean Sturm, art. II ; Dareste, *Biblioth. de l'École des Chartes,* 1854, XV, p. 360.

cardinal de Lorraine. Sturm répond alors à Hotman (1561) pour se justifier d'une pareille accusation; il déclare que ce sont les indiscrétions d'Hotman qui ont tout fait découvrir; il lui reproche d'avoir publiquement révélé le plan et le but de l'entreprise : exterminer la race de Lorraine et de Guise : « *Tu gloriaberis,* dit Sturm, *nullum de sanguine Lotharingico et Guisiano superstitem fore, et in ea gloriatione utebaris illo biblico proverbio quod dicebas fore ut omnes occidentur in ea familia qui ad parietem queant meiere.* »

Avec la mort de François II prend fin la domination des Guise; beaucoup de réfugiés rentrent en France. Le roi de Navarre choisit Hotman pour négocier avec les princes d'Allemagne qu'il connaissait tous.

A la suite du massacre de Vassy (1er mars 1562), le prince de Condé se retire dans Orléans avec les huguenots et Hotman. Celui-ci écrit au landgrave de Hesse pour le supplier d'arrêter les troupes allemandes qui viennent au secours des catholiques : « Grâce à Dieu, dit-il, nous sommes assez forts contre les Français; faites seulement en sorte que nous soyons délivrés des Allemands. » Mais le danger devient pressant. Hotman part pour Francfort. Il lut à la Diète, en présence de l'empereur Ferdinand, une lettre de Catherine de Médicis au prince de Condé, dans laquelle elle le priait de la prendre sous sa garde, elle et ses enfants. Dandelot partit alors pour la France avec ses lansquenets.

L'assassinat commis par Poltrot de Méré amena la délivrance d'Orléans et la paix fut conclue à Amboise le 15 mars 1563. Il est probable qu'alors Hotman suivit Condé à la cour (1).

Au milieu de l'année 1563, Hotman va professer le droit

(1) *Franco Gallia*, ch. II : « Eamque memini in regia bibliotheca Fontaneblæi, anno 1563, iterumque anno 1567, vidisse. »

à Valence; il y reste jusqu'à la fin de l'année 1566. Ses leçons obtinrent un succès considérable : « L'Université était de brique quand il y vint, dit son biographe Nevelet, elle était de marbre quand il la quitta. » En 1567, Hotman va à Bourges remplacer Cujas parti pour Turin. Une émeute éclate bientôt contre lui; son hôtel est envahi par la foule. Il parvient à s'échapper et se rend à Paris où il obtient la charge d'historiographe du roi.

La seconde guerre civile éclate (1567). Hotman se retire à Orléans. La paix conclue en mars 1568 est de courte durée. Hotman se réfugie avec sa femme et ses enfants à Sancerre, place importante des protestants, située sur le bord de la Loire. Il prit part à la défense de la ville qui faillit tomber par surprise aux mains des catholiques.

Après la paix de Saint-Germain (1570), Hotman enseigne à Bourges le droit féodal pour les étudiants allemands. Deux ans après, menacé de périr dans un complot ourdi contre lui, Hotman quitte la France pour toujours et se rend à Genève où il professa le droit romain. Ses amis tentèrent de le faire revenir en France. Il ne voulut jamais se décider à quitter sa retraite : « Quand je vois le misérable état de mon pays, écrit-il au landgrave de Hesse, je comprends qu'il me faudra vieillir dans mon exil. »

Genève ayant cessé d'être un lieu sûr, Hotman se retira à Bâle avec sa nombreuse famille; il y demeura de 1578 à 1584. Accablé de misère, devenu vieux et infirme, Hotman s'adresse successivement, mais en vain, à tous ses protecteurs; il ne peut pas obtenir une chaire de professeur rétribuée. Il se décida à retourner à Bâle au mois de septembre 1589; il y mourut bientôt après, le 12 février 1590.

Hotman a laissé des ouvrages de droit, de littérature, de théologie et de politique. Parmi ses ouvrages de droit, il

faut mentionner, en droit romain, l'*Antitribonien,* traité sur la réformation de la justice, le *Corps de droit,* publié à Lyon par Hugues de la Porte, auquel il collabora, une édition des Institutes, parue en 1560, avec un commentaire, un *Recueil d'observations;* en droit féodal, un commentaire des *Libri feudorum, disputatio de feudis;* différents ouvrages en droit canonique, notamment une thèse sur le degré de parenté et d'affinité (¹); en littérature, il publia des commentaires des principaux plaidoyers de Cicéron, une édition d'Asconius, le scoliaste de Cicéron et des travaux sur César. Hotman a fait enfin une traduction de la *Logique* d'Aristote et a expliqué plusieurs ouvrages de Platon. Il reste de ces études une traduction de l'*Apologie* de Socrate.

C'est toujours la méthode historique qu'emploie Hotman, aussi bien dans ses ouvrages de droit que dans ses ouvrages politiques. C'est surtout dans le *Franco Gallia* qu'Hotman fait l'application de cette méthode « En ces derniers temps, » écrit-il à l'Électeur Frédéric, comte palatin du Rhin (nous » sommes après la Saint-Barthélemy), ne pouvant écarter de » mon esprit le souvenir de tant d'horreurs, j'ai lu les anciens » historiens de notre France et j'ai décrit, d'après leurs » témoignages, la constitution qui a gouverné notre Etat plus » de mille ans. On ne saurait dire combien la sagesse de nos » pères éclate dans cette constitution, et il n'est pas douteux, » pour moi, que là doit se trouver le plus sûr remède de tant » de maux. »

Et il ajoute, à la fin de cette préface du *Franco Gallia* : « Les maux dont nous souffrons ne proviennent pas des » divisions domestiques, mais de la blessure faite il y a cent » ans aux bonnes lois et coutumes de nos ancêtres. Si un

(¹) Hotman étudie le droit canonique pour le combattre. Dans le 13e chapitre de l'*Antitribonien*, il rappelle le proverbe : « *Magnus canonista, magnus asinista.* »

» membre de notre corps est foulé, nous devrons, pour » guérir, le replacer dans sa position naturelle. Il en sera » de même de l'Etat. Il ne redeviendra sain que lorsque nous » lui aurons rendu son antique constitution. »

Hotman se propose donc d'écrire un « recueil de nos lois et coutumes anciennes et de ce qu'il y a de plus mémorable dans notre histoire de France », cela, pour servir à l'édification du présent et au gouvernement de l'avenir. Ses autorités sont les chroniques.

En un mot, le *Franco Gallia* est une thèse d'histoire dont l'auteur se servira pour combattre les institutions politiques de son pays et pour faire triompher l'idée démocratique qui est dans l'esprit de tous les protestants de cette époque.

Voici ses principes énoncés d'une manière bien claire : « Nam quemadmodum ex Frossardo, Monstrelletto, Guaguino, » Cominio, Gillo, et aliis historibus omnibus cognosci licet, » nihilo, propè minor in Capevingiorum familia, quam in » superioribus duobus, publici concilii auctoritas fuit; valuit » que apud illos præceptum illud, tam sæpe et tam valde, » numquam tamen satis commemoratum : *salus populi* » *suprema lex esto;* neque ullum tam tyrannicum dominatum » unquam post homines natos fuisse arbitror, præter unum » Turcicum, in quo cives pro pecudibus, non pro hominibus » haberentur [1]. »

Il ne faut pas chercher dans cette thèse l'impartialité de l'historien qui se borne à relater les événements tels qu'ils se sont produits et à décrire les institutions telles qu'elles ont fonctionné. La *Gaule franque* est l'utopie du passé, c'est l'histoire de la France, non pas telle qu'elle a été, mais telle qu'Hotman l'eût désirée. Les erreurs sont considérables dans

[1] *Franco Gallia*, XVII, p. 120.

cet ouvrage, mais à côté de ces erreurs il y a, reconnaissons-le, quelques aperçus très justes, de la netteté, des recherches, de l'érudition.

La *Gaule franque,* qui est un des premiers ouvrages où nous voyons le protestantisme changer de caractère et abandonner la cause de la monarchie absolue pour soutenir l'idée de la souveraineté populaire, écrit habile dans lequel l'auteur cache sa véritable pensée, son but réel, sous l'apparence de la vérité historique, obtint en son temps un succès prodigieux. « Ce livre resveilla merveilleusement les François, dit le compilateur des *Mémoires de Charles IX*, et de divers endroits le docteur Hotoman fut remercié du bien qu'il avoit fait, ayant esclairci par bons et suffisans témoignages ce qui estoit demeuré comme enseveli par la malice de certains garnemens abusans de la facilité des roys et se servans de leur autorité pour asservir les François d'une façon misérable. Aussi les flatteurs, courtisans et ceux qui, depuis quelques années, brouillent l'Estat, comme on le void, se sentant piquer jusques au cœur en ce discours et ne pouvant porter une si libre et saincte vérité, fremissoyent et cherchoient tous moyens d'y pourvoir (1). »

Trois éditions du *Franco Gallia* furent vendues en un an ainsi que la traduction de Simon Goulard. Un jour, à Chambéry, le duc de Savoie ayant fait défense de vendre, d'acheter ou de détenir l'ouvrage d'Hotman, tous les éditeurs de Genève accoururent chez ce dernier pour lui demander l'autorisation de publier de nouvelles éditions de la *Gaule franque*.

On essaya bien un peu de répondre à Hotman, mais ce fut sans succès, et, du reste, sans talent. Citons pour mémoire

(1) *Mémoires de l'Estat de France sous Charles IX*, II, p. 349.

un certain Anthoine Matharel, procureur de la reine-mère, et Pierre Turreau, avocat au Parlement de Paris. Cujas, cependant, se trouve parmi les détracteurs de la *Gaule franque,* puisqu'il dit un jour qu'il fallait donner les verges à son auteur.

Le *Franco Gallia* se divise en vingt chapitres. Voici les titres des principaux :

« Regnum Francogalliæ utrum hereditate, an suffragiis » defferretur, et de Regum creandorum more. »

« De sacrosancta publici concilii auctoritate, et quibus de » rebus in eo ageretur. »

« Utrum Pipinus Papæ, an Francogallici concilii auctori» tate Rex factus fuerit. »

« De continuata sacrosancti concilii auctoritate sub Car» lovingiorum regno. »

« De continuata concilii publici auctoritate in Capevingio» rum familia. »

« De publici concilii auctoritate in maximis religionis nego» tiis. »

Le premier chapitre de l'ouvrage d'Hotman est intitulé : *De l'état de la Gaule avant qu'elle fût réduite en province par les Romains.* C'est là le point de départ de son étude.

Soixante-quatre peuples occupaient alors le territoire gaulois. Les uns avaient des gouvernements aristocratiques, les autres étaient placés sous l'autorité des rois. Mais, au-dessus de tous, on trouvait toujours le *Commune totius Galliæ concilium* dont parle César. Tous dépendaient de cette assemblée générale des députés de la Gaule. Les peuples libres, c'est-à-dire les peuples gouvernés par une aristocratie, avaient des magistrats élus pour un an ; dans les Etats monarchiques, les rois n'étaient que des magistrats à vie. La monarchie restait donc élective et son autorité se trouvait limitée par les

nobles et les élus du peuple. Et cela était indispensable, car « la puissance royale, dit Hotman dès son premier chapitre, » si on ne lui donne aucun frein qui la tienne un peu en » bride et si on lui permet de s'élever jusqu'à un degré » suprême de souveraineté et de puissance absolue sur toutes » choses, court grand danger de se trouver comme sur un » précipice et de tomber en tyrannie » ([1]).

Les Gaulois ne parlaient ni le grec ni l'allemand mais une langue à eux, voisine de l'idiome breton. La langue française s'est formée du latin, du grec, de l'ancienne langue gauloise et de l'allemand.

Après la conquête romaine, à quelques exceptions près, tous les Gaulois devinrent les esclaves de Rome, ils durent recevoir des garnisons romaines, payer de lourds impôts, accepter la juridiction des gouverneurs romains, obéir aux lois romaines. Mais, la Gaule, ne supportant qu'avec peine cette oppression, chercha maintes fois à s'y soustraire et finalement appela les Germains ou les Francs à son secours.

Franck est un mot allemand qui veut dire libre. Les Francs aussi avaient eu à supporter le joug des Romains, mais ils le secouèrent bientôt. « Acceptons cet augure, ajoute Hotman; » ceux-là sont véritablement Francs qui, après avoir ren- » versé la tyrannie, ont su conserver leur liberté, même sous » l'autorité royale, car obéir à un roi n'est pas être esclave; » ceux-là seuls sont dignes du vil nom d'esclaves, qui se sou- » mettent à la violence des tyrans, aux brigands et aux bour- » reaux comme des troupeaux aux bouchers ([2]). »

Pendant deux siècles, les Francs combattent pour la délivrance des Gaules. En 450, Childéric, fils de Mérovée, est élu roi par les Gaulois et par les Francs, il est élevé sur le pavois

([1]) *Franco Gallia*, p. 7.
([2]) *Id.*, p. 33.

aux acclamations du peuple. Les Gaulois et les Francs ne vont plus désormais former qu'un peuple et les successeurs de Childéric s'appelleront *reges Francogallorum*.

Mais cette monarchie est élective, et c'est pour cela qu'Hotman a pu dire « qu'en établissant des rois, les Francs ne se » donnaient ni des tyrans ni des bourreaux, mais des chefs, » des gardiens et des défenseurs » (1). L'élection des rois par le peuple a été en usage dans toute l'Europe du moyen âge; elle était pratiquée chez les anciens Germains et, du temps d'Hotman, en Allemagne, en Pologne, en Suède, en Danemark. Sans doute, le plus souvent, l'élection portait au trône le fils du roi décédé, mais c'était là une coutume et non pas une loi obligatoire, car quelquefois des étrangers ont été préférés. Hotman admire fort cette institution.

Hotman arrive naturellement à l'examen de la loi salique. C'est par application de cette loi que le Parlement de Paris écarta Edouard, roi d'Angleterre, de la couronne de France. Pour Hotman, le Parlement de Paris eut raison d'agir ainsi, mais sa décision fut mal motivée. Malgré l'opinion contraire du Parlement de Paris, la loi salique, dans son titre *De alodis*, ne règle que la succession au patrimoine privé et l'expression *terra salica* ne signifie pas la couronne de France. Si Philippe de Valois devait être choisi roi, c'est uniquement parce qu'un usage constant a écarté les femmes de la couronne en France. Hotman trouve des argumeuts pour justifier cette opinion dans le système féodal et la transmission des fiefs qui se faisait toujours de mâle en mâle, en ligne directe, ou en ligne collatérale à défaut d'héritiers directs.

Hotman se préoccupe du droit de la chevelure royale. D'après lui, les Francs et les Gaulois portaient les cheveux

(1) *Franco Gallia*, p. 33.

longs. Quand les deux peuples, fondus en un seul, abandonnèrent cette coutume, les rois la conservèrent comme signe de l'union des deux peuples.

Qu'est-ce que la tyrannie? Les anciens la reconnaissaient à trois signes : régner contre le vœu des sujets, s'entourer de satellites étrangers, assurer son intérêt personnel et non le bien commun du peuple. En a-t-il été ainsi dans le royaume de la France gauloise? Point du tout. Le peuple nommait le roi et pouvait le déposer; le roi n'avait pas de satellites, étrangers ou non; il gouvernait avec le concours de la nation et par conséquent ne pouvait travailler qu'au bonheur du peuple. Quand il fallait prendre une mesure d'intérêt général, le roi convoquait les trois ordres de la nation qui délibéraient et votaient. Ces ordres comprenaient les nobles, les juges et les marchands, les artisans et les laboureurs. Il n'est pas question de l'Eglise.

Ce mélange de monarchie, d'aristocratie et de démocratie constitue pour Hotman, comme pour les anciens philosophes, la meilleure forme de gouvernement. Ce gouvernement a été celui de l'Europe au moyen âge et des Gaulois et des Germains. Même dans la Gaule romaine, Honorius convoque les Etats généraux à Arles. Il existe encore en Allemagne, en Angleterre et en Espagne. Seuls, les Turcs repoussent cette forme de gouvernement qui seule peut assurer la liberté.

Quelle était l'autorité de cette assemblée générale des Etats dont nous venons de parler? Sa compétence s'étendait à toutes les affaires d'Etat : nomination et déposition des rois, élection de la régence, vote des lois, nomination aux grandes charges, jugement des querelles des grands et des accusations pour crime portées contre les rois eux-mêmes. Le roi se contentait de promulguer les décisions de l'assemblée par cette formule : *quia tale nostrum placitum* qu'Hotman

traduit ainsi : *car ainsi l'a voulu notre Parlement*, et non par ces mots dont on se servira plus tard lorsqu'on cherchera à établir la monarchie absolue : *car tel est notre bon plaisir* (1).

Tels sont les principes de la plus ancienne constitution du royaume. Que deviennent-ils avec l'établissement des rois de la seconde et de la troisième race ?

Les Carlovingiens étaient issus de la maison d'Austrasie. Ils avaient immédiatement au-dessous d'eux le maire du Palais, premier personnage du royaume. Les successeurs de Mérovée laissent dépérir l'Empire; la nation, qui en a la garde, dépose le dernier des rois fainéants et élit roi le maire du palais, Pépin. Il ne faut pas chercher dans cette élection l'intervention du Pape. L'Église n'est rien dans cette élection, c'est la nation souveraine qui choisit son roi dans la famille des Carlovingiens pour remplacer la race déchue des Mérovingiens.

Bientôt, la charge de maire du Palais disparaît; elle est remplacée par celles de connétable et de maréchal. La pairie est créée par Hugues Capet; il ne faut pas en faire remonter l'institution à Charlemagne. Hugues Capet, en organisant la pairie, fit une concession aux grands qui se voyaient à regret soumis à la juridiction des Etats.

Les Etats restèrent aussi puissants sous la seconde race que sous la première.

« Le pouvoir suprême, dit Hotman, n'était pas attribué à » tel ou tel homme, à Pépin, à Charles ou à Louis, mais à la » majesté royale, dont le véritable et unique siège était » l'Assemblée générale de la nation (2). »

Voici comment Hotman explique le système féodal sous les Capétiens. Hugues Capet, comme ses prédécesseurs, fut

(1) *Franco Gallia*, p. 88. Ce fut la devise de François Ier.

(2) *Id.*, p. 110.

élu roi par la nation. Il organisa la pairie, concéda aux grands des privilèges, rendit héréditaires les charges publiques, mais uniquement dans le but de s'assurer l'appui des grands dont il avait besoin. Telle est l'origine et le caractère du système féodal.

Hotman veut bien reconnaître que ce démembrement du pays diminuait l'autorité de l'assemblée générale des Etats, mais cette assemblée aurait néanmoins conservé l'exercice exclusif de la souveraineté. Quand les rois réunirent à la couronne les provinces qui s'en étaient séparées, ces provinces stipulèrent qu'elles conserveraient leurs droits et leurs privilèges. Elles ne devaient, par exemple, payer aucun impôt sans qu'il ait été voté par les Etats. Cette question, du reste, fut discutée dans les Etats de 1328, 1356, 1375, 1392, 1426, 1468, 1484. « Ainsi, dit Hotman, sous la troisième comme » sous la seconde race, la constitution française reposa tou» jours sur le fameux principe *salus populi suprema lex esto;* » et, depuis la création du monde, je ne sache pas d'empire » si tyrannique, hormis celui des Turcs, où les citoyens aient » été regardés comme des bêtes brutes et non comme des » hommes. » Le peuple n'a jamais investi un roi ou un empereur de sa puissance et d'une manière absolue, n'en déplaise aux prétendus jurisconsultes de droit romain.

Hotman cite deux exemples de la souveraineté des Etats. Lors de la querelle, en 1302, de Philippe le Bel et de Boniface VIII, c'est sur les Etats que le roi s'appuya pour résister au pape. La Ligue du Bien Public, en 1467, avait pour but la convocation des Etats. Le droit de la souveraineté nationale s'est toujours trouvé maintenu par l'assemblée générale contre le pape ou contre le roi.

C'est en parlant de la Ligue du Bien Public qu'Hotman arrive à établir le droit à l'insurrection. Il s'exprime ainsi : « On

» voit par là combien est vrai ce mot de Marc Antoine : Toutes » séditions sont fâcheuses ; cependant, il y en a de justes, je » dirai presque de nécessaires. Mais, si jamais elles sont justes » et nécessaires, n'est-ce pas quand le peuple, opprimé par » un tyran cruel, cherche un secours dans une assemblée » nationale, conformément à la constitution ? Eh quoi ! la con- » dition des citoyens serait-elle donc pire que celle des escla- » ves qui, d'après le droit romain, pouvaient chercher auprès » du préfet de la ville un recours contre la cruauté de leur » maître ? [1]. »

Hotman termine son étude historique en traitant de l'exclusion des femmes de la régence et des droits des Parlements.

Pour Hotman, seule l'assemblée générale de la nation a qualité pour déférer la régence à qui bon lui semble, puisqu'à elle seule il appartient de déférer la royauté. Mais l'assemblée peut-elle confier la régence à une femme ? Les femmes doivent être exclues de l'administration du royaume pour la même raison qu'elles sont exclues de sa succession. Si, parfois, il y a eu des régentes, les grands n'ont jamais manqué de protester. Pour Hotman, toutes les régentes, Frédégonde, Brunehaut, Isabeau de Bavière et même Blanche de Castille, ont fait le malheur du pays.

Si Hotman s'est trompé sur bien des points, sciemment ou involontairement, dans son étude des institutions de la France, il nous paraît avoir vu assez juste, beaucoup plus juste qu'Hubert Languet, dans sa critique des Parlements. Les Parlements prirent pour eux tous les pouvoirs qui appartenaient de droit aux Etats, si bien que la convocation des Etats devint bientôt inutile : enregistrement des lois et des édits,

[1] *Franco Gallia*, p. 126.

nomination des fonctionnaires publics, droit de juger en dernier ressort. D'après notre auteur, les Capétiens auraient volontairement créé cette situation; en confiant des attributions très étendues à un conseil composé d'hommes nommés par eux, ils se seraient soustraits eux-mêmes à l'autorité des Etats. C'est assurément là une erreur. La monarchie française n'a jamais vu dans les Parlements une assemblée politique, elle n'a jamais reconnu leurs prétentions au gouvernement; ils étaient, avant tout, des assemblées judiciaires, et la royauté, en maintes circonstances, les rappela à leurs véritables attributions.

Hotman se répand en attaques contre la royauté, laquelle aurait multiplié les procès pour détourner la nation des affaires politiques, de même que les Pharaons occupaient les Egyptiens à construire des pyramides. « Il n'y avait d'abord » qu'un Parlement, aujourd'hui il y en a huit, sans compter » les sièges présidiaux, et dans toutes les villes de Parle- » ment, le tiers de la population vit de la chicane et des » procès (1). » La vénalité des offices provoque son indignation. Il compare les juges à des bouchers qui achètent en bloc et vendent en détail.

Tel est le résumé du *Franco Gallia*. Il résulte pour Hotman de cette étude que la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce au-dessus du roi au moyen des Etats généraux. Les représentants du peuple ont le droit de déposer les rois, de transférer la couronne d'une maison à une autre, de prendre, en un mot, toutes les mesures de salut public.

Personne ne pouvait se méprendre sur les intentions d'Hotman et la portée de son ouvrage. Sans doute, dans un pays de constitution non écrite, il est permis de discuter le

(1) *Franco Gallia*, p. 144.

véritable sens d'une constitution, mais un savant comme Hotman ne pouvait méconnaître, comme il l'a méconnu, le caractère des institutions de l'ancienne France; il fallait pour cela obéir à un autre sentiment que celui de la vérité historique.

En présence des attaques violentes dont il est l'objet, Hotman croit devoir se défendre et affirmer sa bonne foi. Le 2 mars 1595, il écrit à son ami Dutilloy : « Liber est historicus, historia facti est. Tota igitur facti controversia est. » Hi factum negant. Quænam impudentia est quum vix tria » proferantur sine testimoniis ac documentis apertissimis? » Si male a me proferri aliquid, aut fingi, aut adulterinum » pro vero produci querantur, publico scripto id proferant. » Ego capitis mei periculo disputationem subibo [1]. »

Pour répondre aux critiques qui lui sont adressées, Hotman croit devoir préciser davantage ses idées et il ajoute à la *Gaule franque* six nouveaux chapitres sur la souveraineté des Etats généraux, sur la nature du domaine royal, sur la différence fondamentale entre la royauté et la personne du roi, enfin sur les limites constitutionnelles du pouvoir royal en France. Voici, d'après Hotman, quelles doivent être les limites du pouvoir royal :

1° Obligation de convoquer les Etats, et de partager le pouvoir avec eux, autrement dit périodicité des Etats.

2° Le roi ne peut changer l'ordre de succession au trône introduit par les anciennes coutumes de la monarchie. Il ne peut donc disposer du royaume, ni par adoption, ni par donation entre vifs, ni par testament.

3° La couronne de France se transmet héréditairement de mâle en mâle par ordre de primogéniture.

(1) Hotman, *Œuvres complètes*.

4° Les femmes sont exclues de la succession à la couronne ; cette succession appartient au plus proche agnat.

5° Le domaine royal étant donné au roi pour soutenir les charges de la royauté, comme la dot au mari pour soutenir les charges du mariage, le roi ne peut qu'administrer le domaine, il ne peut l'aliéner sans le consentement des Etats généraux ;

6° Le droit de grâce du roi est soumis au contrôle du Parlement.

7° Le roi ne peut priver de sa charge un fonctionnaire public, si ce n'est en connaissance de cause, et de l'avis de la Cour des pairs.

8° Enfin, le roi ne peut altérer les monnaies sans l'avis des Etats généraux.

Il est considérable le nombre des libelles publiés à la fin du XVI[e] siècle sur les bases données par Hotman. Dans les *Mémoires de l'Etat de la France sous Charles IX* on peut en trouver un certain nombre. Je citerai notamment : *les Apophtegmes et discours notables recueillis de divers auteurs contre la tyrannie et les tyrans ; le Discours des jugements de Dieu contre les tyrans, recueilli des histoires sacrées et profanes et nouvellement mis en lumière ; la Politique, dialogue traitant de la puissance, autorité et du devoir des princes, des divers gouvernements, jusques où l'on doit supporter la tyrannie, si, en une oppression extrême, il est loisible aux sujets de prendre les armes pour défendre leur vie et liberté : quand, comment, par qui, et par quel moyen cela se doit et peut faire ; la Réponse à la question de savoir s'il est loisible au peuple et à la noblesse de résister par armes à la félonie et cruauté d'un seigneur souverain ; la France Turquie, c'est-à-dire conseils et moyens tenus par les ennemis de la couronne de France, pour réduire le royaume en tel état que la tyrannie turquesque.*

Enfin, nous connaissons déjà le *Vindiciæ contra tyrannos* d'Hubert Languet, si bien inspiré d'Hotman qu'on lui en attribua la paternité, et le *Traité de la servitude volontaire*, de la Boétie, qui fut réimprimé à la suite de la publication du *Franco Gallia*.

Au début de cette étude, j'ai cité Hotman comme un curieux exemple du caractère de la politique protestante au XVIe siècle. Déjà, j'ai montré les variations de cette politique chez les écrivains protestants aux diverses périodes de ce siècle agité, la Réforme à son origine affirmant que la monarchie est de droit divin, que les individus doivent à l'Etat une soumission absolue, niant avec une extrême énergie le droit à l'insurrection ; puis, après la Saint-Barthélemy, poussant aussi loin que possible les conséquences de la doctrine démocratique, et j'ai démontré ainsi que la Réforme n'a jamais eu une politique de principes.

Mais nous allons faire un pas de plus dans la voie de notre démonstration et trouver chez Hotman lui-même, qui affirme en 1573 la suprématie de la nation sur la royauté, un partisan, quelques années plus tard, de la monarchie héréditaire et de droit divin.

A la mort de François II, le roi de Navarre était pour la Ligue ce que les Guises avaient été pour les huguenots. Il était protestant et les catholiques voulaient à tout prix l'écarter de la couronne de France, que le droit héréditaire lui conférait. Aussi, ils n'hésitent pas à employer les arguments d'Hotman et à soutenir que la monarchie française, par sa nature, n'est pas héréditaire mais élective, et que jamais la nation n'a abandonné ses droits. « Ils ne se peuvent plaindre, » dit Louis Dorléans en parlant des huguenots, qu'on les » mesure à l'aune où ils mesurent autrui... En leur *Fran-* » *çaise Gaule*, qui est l'un des plus détestables livres qui

» aient vu le jour, et que l'on a composé pour mettre toute » la France en combustion, ils chantent qu'il est loisible de » choisir un roy à son appétit. Dites donques aux hérétiques » que le roi de Navarre n'est à votre appétit, et, partant, » qu'il se tienne en son Béarn jusqu'à ce que le goust vous » en soit revenu. Ainsi les faut-il fouetter des verges qu'ils » ont cueillies (¹). » Et le pape Sixte Quint, à la demande de la Ligue, rend une bulle d'excommunication contre le roi de Navarre et le prince de Condé qu'il déclare déchus de tous leurs droits, présents ou éventuels, à la couronne de France.

C'est alors qu'Hotman reprend la plume. Son zèle calviniste se réveille en présence de cette intervention de la papauté qui aurait pour effet d'anéantir les espérances des protestants qui entrevoient le jour prochain où ils arriveront enfin au pouvoir et sans coup férir.

Il prend lui-même le pape à partie, il l'accuse des sept crimes capitaux : impiété, tyrannie, hérésie, sacrilège, lèse-majesté, faux, révolte contre toutes les lois. La papauté est la cause de tous nos maux par son intervention et celle de ses cardinaux dans nos affaires. Parlant du pape : « Et lui, » cependant, comme un maître sanguinaire, après avoir mis » ses gladiateurs aux mains, contemplait ces jeux sanglants, » du haut du château Saint-Ange, semblable à ce Néron qui, » du haut d'une tour, laissait tomber ses regards sur Rome » en flammes. Le cruel repaissait ses yeux de ce spectacle » funèbre, et cherchait à en rassasier son cœur! (²). »

Mais cette violente diatribe contre la papauté ne suffit pas, dans de pareilles conjonctures, au parti protestant. Il lui importe de justifier à tout prix les droits du roi de Navarre à

(¹) Dorléans, *Avertissement des catholiques anglais*, 1587, p. 74.

(²) Opuscule connu sous le nom de *Brutum Fulmen*, sans date ni nom d'auteur, mais qu'on attribue généralement à Hotman.

la couronne. C'est alors que le démocrate de 1573 va devenir le royaliste de droit divin de 1588.

A la demande du roi de Navarre, François Hotman écrit contre son propre frère Antoine Hotman qui, membre de la Ligue, soutenait les droits du cardinal de Bourbon, un opuscule intitulé *De jure successionis regiæ in regno Francorum leges aliquot ex probatis auctoribus collectæ, studio et opera Francisci Hotomani jurisconsulti, obiter de jure regis Navarræ* (1588) (¹).

Il établit que la couronne de France est héréditaire par ordre de primogéniture et que, bien que parent plus rapproché, le cardinal de Bourbon ne pouvait devenir roi de France qu'après le fils de son frère aîné.

Il affirme que les lois qui règlent la succession au trône de France, lois fondamentales et inviolables, sont les suivantes :

1° La qualité d'héritier présomptif appartient, du vivant du roi, au fils aîné du roi ; à son défaut, au petit-fils issu du fils aîné. L'héritier présomptif succède seul à la couronne et au domaine royal.

2° Aucune femme, mariée ou non, n'est admise à la succession.

3° Aucun bâtard, même légitimé, n'est admis à la succession.

4° A défaut d'héritier mâle dans la ligne directe de l'aîné, la succession est déférée au plus prochain mâle dans la ligne suivante.

5° Si le roi est impubère, un conseil composé des grands du royaume, désignés par les Etats, administre le royaume jusqu'à la puberté du roi.

6° Si le roi laisse plusieurs fils, les puînés ont droit à un

(¹) Hotman, *Œuvres complètes*, p. 99.

apanage suffisant pour soutenir leur dignité et entretenir leur famille.

7° Enfin, le roi ne peut aliéner aucune partie de son royaume sans l'avis et le consentement exprès des Etats généraux.

La même année, Hotman écrit à Matteo Zampini qui soutient la cause du cardinal de Bourbon : « L'origine de cette loi (la » loi royale) tu ne la trouveras ni dans les archives publiques, » ni dans les registres du Parlement, ni dans les livres des » jurisconsultes, mais tu le verras gravée dans le cœur de tous » les bons Français qui ne se sont pas vendus à l'étranger. »

« Si tu veux des témoins, ajoute-t-il, consulte les Parlements » et les gens de loi, et s'ils dédaignent de te répondre, inter- » roge les femmes, les paysans et les enfants eux-mêmes. » Qu'importe le sexe, le rang ou l'âge, quand il s'agit du » *droit naturel* à tous les Français ? (1). »

Cette loi royale, droit naturel des Français, est placée par Hotman au-dessus du roi, du pape et même des Etats généraux.

Voilà donc Hotman devenu royaliste. Sa correspondance traduit aussi, aux diverses époques, la différence de ses conceptions politiques ; en 1584, il écrivait encore en parlant de Henri III (2) : « Le tyran se livre aux superstitions les plus » insensées ; il semble que Dieu lui ait enlevé la raison ou que » les furies vengeresses de ses crimes torturent son esprit. » Le 16 avril 1589, ses sentiments se sont singulièrement adoucis à l'égard de Henri III devenu l'allié du roi de Navarre. Il écrit au landgrave de Hesse : « Je ne doute pas » que le roi ne fasse tous ses efforts pour punir les affronts et » les outrages dont il a été l'objet, surtout si l'on songe qu'il » n'a pas été seulement chassé par les principales villes de

(1) Ad tractatum Matthæi Zampini, *Œuvres complètes.*
(2) Lettre à Stuck, 6 nov. 1584.

» son royaume, mais encore couvert d'insultes et injurieuse-
» ment déposé par sentence des sorbonistes et des jésuites. »

La politique des protestants au XVI[e] siècle a donc été une politique de circonstance. Les écrivains de cette religion ont plutôt prononcé des plaidoyers qu'exposé des théories. On n'a donc pas à discuter leurs arguments, mais il est bon de les connaître parce qu'ils seront repris plus tard, à des époques moins agitées, coordonnés dans de véritables systèmes politiques qui s'imposeront à l'attention des hommes d'Etat et influeront puissamment sur la rédaction des constitutions.

Pour être exact dans la description du mouvement politique à la fin du XVI[e] siècle, ajoutons qu'entre les rivalités des factions religieuses se plaçait un parti qui fit beaucoup pour la cause de la liberté et des idées modérées. Lisez la politique d'Aubray dans la satire Ménippée et ces simples mots sur le vrai caractère de la monarchie, qu'écrivait en 1580, sur les marges d'un exemplaire des ordonnances de Henri III, le député Guy Coquille :

« La république française a esté, dès son premier establis-
» sement, gouvernée par monarchie, parce que la subjection
» du peuple à esté soubz un roy, mais selon la grande et
» antiene antiéneté, le droict de ceste monarchie ne se géroit
» pas par la seulle et libre volonté d'un seul; car le roy qui
» est monarche souloit appeler les Estats de son royaume,
» avec lesquels et par l'advis desquels il faisoit les loix, orde-
» noit des affaires de son royaume... Ce qui reste de cet antien
» establissement est qu'en toutes affaires survenans en ce
» royaulme, concernant l'Estat, les roys ont accoustumé de
» assembler leur peuple, qui est distribué en trois ordres :
» l'Eglise, la Noblesse et les Roturiers laitz que l'on appelle
» le Tiers Estat [1]. »

[1] *Institutes coutumières de Loisel*, éd. 1846, II, p. 123.

N'omettons pas de mentionner parmi les esprits modérés de cette période aux opinions extrêmes, Bodin, auteur de *la République*. Bodin, en religion, fait de la tolérance un principe, il la veut pour les protestants comme pour les catholiques, à la seule condition qu'ils n'offensent ni les mœurs ni les lois : « Religionem imperare non possumus, quia nemo cogitur ut credat invitus. » La persécution est injuste et impuissante, la tolérance amène la tolérance et la rigueur l'entêtement.

« Si le prince qui aura certaine assurance de la vraie religion veut y attirer ses sujets, divisés en sectes et factions, il ne faut pas, à mon avis, qu'il use de force [1]. »

En politique, même modération chez Bodin. Les sujets doivent obéir aux lois du monarque, mais le monarque doit rester soumis aux lois de la nature. L'autorité trouve sa plus parfaite expression dans la royauté, institution nationale, consacrée par les traditions religieuses, qui a su imposer silence aux factions et marcher dans la voie des réformes en identifiant ses intérêts avec ceux de l'État, avec ceux de la justice. La monarchie tempérée par les États généraux, les États provinciaux, les Conseils de gouvernement, l'indépendance de la magistrature, etc., est, selon Bodin, « la plus seure des républiques et sans contredit la meilleure de toutes ».

[1] *République*, l. IV, ch. VII, p. 654.

CHAPITRE XI

CONCLUSION

Nous voici arrivé au terme de notre étude. Nous savons maintenant quelle valeur toute relative il convient d'attacher aux doctrines politiques des monarchomaques de la seconde moitié du XVIe siècle. Il ne faut pas espérer trouver chez eux, même chez Hubert Languet, le plus dogmatique des écrivains protestants de cette époque, la recherche impartiale de la vérité politique, la discussion raisonnée et exempte de parti-pris qui conduit aux solutions justes. Les écrivains protestants ont eu uniquement en vue le triomphe de leur religion et ils ont tout mis au service de cette religion : l'histoire, la théologie, la philosophie, la politique. Quand ils ont étudié l'histoire, soit l'histoire sainte, soit l'histoire de France ou des autres pays d'Europe, c'était pour y trouver des arguments de nature à fortifier les conceptions politiques qui leur paraissaient le mieux à même de servir leurs passions religieuses.

Il nous aurait suffi d'étudier la vie d'Hotman et de Languet pour comprendre quels devaient être le caractère et la sincérité de leurs conceptions politiques. Ils ont été mêlés à toutes les luttes religieuses de leur temps, quittant leurs études pour prendre une part active à la guerre civile, conspirant à Amboise ou courant au delà des frontières réclamer pour les protestants français l'appui des armées étrangères.

Forcément, des hommes aussi mêlés aux luttes des partis ne pouvaient se transformer tout d'un coup et devenir des écrivains indépendants, soustraits aux influences de leur milieu. C'est par tous les moyens qu'on doit combattre la tyrannie, écrit Languet quelque part dans le *Vindiciæ contra tyrannos :* par la parole, par la plume comme par les armes; c'est, en effet, par tous les moyens qu'il combattit une monarchie qui lui paraissait contraire aux intérêts de son parti, et c'est pour son parti qu'il écrivit le *Vindiciæ contra tyrannos.*

Nous savons, d'autre part, combien on aurait tort de voir dans le protestantisme un mouvement d'émancipation politique, puisque la monarchie absolue n'eut pas de plus ardents défenseurs que Luther et Calvin. Il est fort probable que jamais l'idée démocratique n'aurait apparu au XVIe siècle dans les écrits des protestants, si ces derniers avaient trouvé un appui dans la royauté. Hotman est, à lui seul, un exemple caractéristique : tour à tour partisan de la souveraineté du peuple ou des droits du roi, suivant la situation vis-à-vis de la religion protestante du titulaire du pouvoir.

Aussi, ne trouvons-nous chez les politiques protestants du XVIe siècle que des conceptions *a priori* qui n'ont rien de scientifique ; il serait presque superflu de les discuter tellement leur fausseté paraît évidente. Et cependant ces doctrines ont survécu aux raisons qui les avaient fait naître, puisque, reprises et fortifiées par Rousseau, elles exerceront une grande influence sur la Révolution française.

Gardons-nous de nous montrer trop sévères cependant vis-à-vis des théoriciens du XVIe siècle, puisque trois cents ans se sont écoulés depuis les discussions fameuses que souleva au milieu des guerres civiles le problème de la souveraineté et depuis trois cents ans ce problème a fait l'objet de discussions toujours renouvelées. Peut-on dire, à l'heure actuelle,

qu'un progrès sensible a été réalisé dans la recherche de la vérité politique? L'état des esprits, à notre époque, ne permet pas une semblable appréciation et il est à présumer que bien des années s'écouleront encore avant que le problème soit résolu, s'il doit l'être un jour. Est-ce là la faillite de la science politique?

A notre avis, cet insuccès est dû à trois causes principales.

De nombreux écrivains politiques, surtout pendant ce siècle, ont eu le tort de vouloir assimiler la politique aux sciences positives et arriver par des procédés très inférieurs en politique à des résultats aussi rigoureux que ceux que l'on obtient dans les sciences exactes. L'observation vraiment impartiale est très difficile et l'expérimentation à peu près impossible. Aussi les espérances ont bien vite été déçues et cela explique en partie le scepticisme que nombre de bons esprits professent à l'endroit de la science politique. Quels résultats merveilleux n'a-t-on pas obtenus, en effet, dans le domaine des sciences positives! On est parvenu à connaître le *comment* de chaque phénomène physique ou biologique. On a découvert les liens qui unissent entre eux les différents phénomènes de la nature. On a établi la fixité des lois, les rapports nécessaires et constants qui existent entre des faits de même ordre; pour le savant, l'avenir n'est plus impénétrable; il sait que la loi étant immuable, chaque fois que tel phénomène se produira, tel autre devra nécessairement s'ensuivre. Et tous les hommes se sont trouvés d'accord sur ce terrain solide; ils n'ont pas, dans la découverte de la vérité scientifique, à s'inspirer de leurs idées philosophiques ou religieuses; l'élément subjectif n'entre pas dans leurs raisonnements; ils se contentent d'observer froidement et impartialement la nature et ils arrivent à des solutions reconnues vraies par tous, dans tous les temps et dans tous les milieux.

Assurément, on ne pourra jamais en dire autant de la science politique et l'on a peut-être eu tort de réunir ces deux mots, si l'on veut réserver au mot science le sens de vérité démontrée. Il entre, en effet, dans la politique beaucoup trop d'éléments subjectifs et contingents pour qu'on puisse trouver en elle une science au sens précis du mot. Aussi, les prévisions jugées les plus exactes, les calculs en apparence les plus sûrs, sont-ils à chaque instant déjoués et démontrés faux par les faits.

Si vous ajoutez à cette assimilation de la politique aux sciences positives l'esprit naturellement dogmatique des Français, vous aurez la seconde cause de l'insuccès de l'heure présente. Cet esprit dogmatique ne s'est jamais manifesté autant qu'à l'époque de la Révolution. Alors, l'esprit de système a triomphé bruyamment. En un jour, on va tout transformer, sans se préoccuper du caractère propre de la nation, de ses traditions, de son passé. Des esprits ingénieux et méthodiques façonnent de toutes pièces une constitution sous laquelle la France devra vivre bon gré, mal gré. On proclame une Déclaration des droits ; la constitution sera parfaite si elle est l'application des principes contenus dans cette déclaration. Toutes nos constitutions seront rédigées sous la forme de théorèmes géométriques, dont les déductions devront étroitement s'enchaîner. On formulera de solennels principes et on s'efforcera de faire passer dans la pratique leurs conséquences logiquement déduites ; on est convaincu de l'évidence des principes

Cet esprit classique, cet esprit de système, ne trouve-t-il pas sa condamnation dans les crises que, depuis un siècle, notre pays a traversées ? Chacune de nos constitutions, depuis 1789, a été jugée parfaite par ses auteurs et nous avons eu cependant, depuis cette époque, quinze constitutions !

Les coups d'Etat ont succédé aux révolutions presque sans interruption ; la machine politique s'est trouvée désorganisée bien souvent, c'est-à-dire toutes les fois que les conséquences de principes faux sont venues se briser contre la réalité des faits.

Enfin, l'insuffisance de notre langue politique est pour beaucoup dans la défectuosité de la science qui nous occupe. Le facteur essentiel de la justesse d'un raisonnement, c'est la précision des termes que l'on emploie. Or, rien n'est plus imprécis que notre langue politique et bien des hommes se trouveraient d'accord dans leurs conclusions s'ils pouvaient au préalable s'entendre sur le sens des mots. Qu'y a-t-il de plus vague que les mots Etat, pouvoir, gouvernement, qui sont cependant d'un usage constant dans la langue politique? Voyez comment Bluntschli, qui exerce tant d'influence sur le droit politique, définit l'Etat : « C'est la personne politiquement organisée de la nation dans un pays déterminé [1] »; définition beaucoup trop large, parce qu'elle comprend à la fois la notion de société, de territoire et d'autorité politique; elle implique en même temps la théorie de l'Etat « personne organique et morale ». Et nous ne parlons pas des dangers d'ordre pratique que présente une pareille terminologie. Identifier l'Etat et la collectivité, c'est fatalement mettre en opposition l'individu d'une part, et l'Etat d'autre part, qui représente la collectivité ; c'est faire apparaître une opposition entre la société et l'individu. L'individu demandera tout à la société, il exigera d'elle une intervention continuelle, ou au contraire il verra en elle un adversaire dangereux pour son indépendance : c'est le collectivisme ou l'anarchie.

Elles sont nombreuses encore les différentes écoles qui prétendent expliquer la société et l'Etat et déterminer les

(1) Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat,* p. 18.

règles de conduite de l'autorité politique. Les discussions de ces écoles sont plus savantes, plus calmes surtout que celles que connut le XVIe siècle, mais l'accord ne s'est pas fait entre elles et on continuera sans doute encore longtemps à exposer des théories individualistes, métaphysiques ou organiques de l'Etat.

Si nous voulons faire œuvre utile en politique, laissons d'abord de côté les conceptions *a priori* qui ont pu donner de la célébrité à quelques penseurs ingénieux, mais n'ont jamais produit un résultat utile pour les pays qui, comme la France, ont cru devoir en faire l'essai. En politique, il faut de la réalité et non pas de la spéculation. Les doctrines métaphysiques du XVIe et du XVIIIe siècle, les doctrines individualistes et organiques du XIXe ont le tort de n'être que des théories, intéressantes sans doute comme doctrines philosophiques, mais qu'on n'applique pas, sans courir de grands dangers, au gouvernement des Etats.

Revenons donc à la saine méthode d'Aristote et de Montesquieu, l'observation et l'analyse, et regardons « d'un œil clair et tranquille » ce qui est et fut. Sans doute, nous n'obtiendrons pas, à la suite de nos recherches, des résultats qui soient de nature à satisfaire pleinement tous les esprits, la science politique, nous l'avons déjà dit, ne pouvant jamais revêtir le caractère de généralité et de fixité des sciences physiques ou mathématiques. Les documents historiques nous aideront et nous montreront qu'il y a cependant dans les faits d'ordre social certaines lois ou tendances générales auxquelles l'humanité est restée soumise, même à l'époque contemporaine; nous observerons avec fruit les mœurs et les coutumes de certaines peuplades encore à l'état rudimentaire, et nous en induirons, dans une certaine mesure, les lois de l'humanité à son origine.

Nous pensons qu'il n'y a pas une forme de gouvernement idéalement bonne qui doive être celle de tous les peuples dans tous les temps et dans tous les milieux. Avec saint Thomas, nous dirons que tout gouvernement est bon qui accomplit la tâche pour laquelle il a été institué, c'est-à-dire qui fait le bien de la société; que tout gouvernement est pervers qui manque à sa mission.

Le grand tort de la Révolution française, nous l'avons dit déjà, a été précisément de professer des doctrines tout opposées et de croire qu'on n'a pas besoin, lorsqu'on rédige des lois positives, de tenir compte des faits, qu'on peut, d'un trait de plume, supprimer toutes les institutions du passé, sans s'être demandé, au préalable, si ces institutions ne sont pas le produit de lois naturelles, sous le vain prétexte qu'elles s'accommodent mal avec les théories imaginées par quelques philosophes en renom, parce qu'elles sont contraires aux termes d'une sorte de *Credo* politique dans lequel le législateur a une foi aveugle !

Assurément, les sociétés, comme les individus, évoluent et se modifient. L'Etat doit suivre cette évolution et s'adapter au milieu social où il est appelé à gouverner. Que l'homme politique sache bien « que des changements innombrables se » sont réalisés et se réaliseront dans le cours lent des choses. » Il aura alors la vraie sagesse politique; il sera très conser- » vateur et très progressiste : très conservateur, parce qu'il » comprendra que toutes les constitutions anciennes, quel- » que singulières qu'elles nous paraissent, ont eu leur raison » d'être, qu'elles ont été le produit nécessaire d'un état social » donné; très progressiste, parce qu'il aura foi dans un avenir » qui verra des sociétés nouvelles plus complexes, plus diffé- » renciées et peut-être mieux équilibrées que les nôtres. Il » comprendra surtout qu'il ne doit pas seulement considérer

» le présent ou remonter quelques années en arrière, mais » étudier la longue élaboration de laquelle sont sorties les » sociétés contemporaines ; il comprendra que les formes » politiques actuelles ne sont pas définitives, que les institu- » tions sociales sont perpétuellement changeantes, que les » nôtres disparaîtront pour faire place à d'autres qui dispa- » raîtront à leur tour. Respecter le passé, espérer en l'avenir, » toute la sagesse politique est là... (1) ».

(1) L. Duguit, *le Droit constitutionnel et la sociologie*, revue internationale de l'Enseignement (15 nov. 1898).

Vu : *Le Président de la thèse*,
LÉON DUGUIT.

Vu : *Le Doyen*,
BAUDRY-LACANTINERIE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Bordeaux, le 31 mars 1900.
Le Recteur,
GASTON BIZOS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

SAINT AUGUSTIN. — La Cité de Dieu, traduit par Saisset. Paris, 1855, 4 vol. in-12.
SAINT AUGUSTIN. — Œuvres complètes, in-fol. Paris, 1865, t. VI.
BAUDRILLART. — Bodin et son temps. 1853, in-8.
BAYLE. — Dictionnaire historique. Rotterdam, 1720, 4 vol. in-fol.
BÈZE (Théodore de). — Histoire ecclésiastique des Eglises réformées. Anvers 1580, t. I.
BODIN. — La République. Lyon, 1693.
BLUNTSCHLI — La Politique, 2e édit., traduction de Riedmatten.
BLUNTSCHLI. — Théorie générale de l'Etat, 3e édit., traduction de Riedmatten.
CALVIN. — Institution chrétienne (1521), publiée d'abord en latin et traduite en français par l'auteur, liv. IV.
DUGUIT (L.). — Le Droit constitutionnel et la sociologie (*Revue internationale de l'enseignement*, 15 nov. 1889).
DORLÉANS. — Advertissement des catholiques anglais. 1586, in-8.
FRANCK (Ad.). — Réformateurs et publicistes de l'Europe. Moyen âge. Renaissance. 1864, 1 vol. in-8.
GERSON. — Œuvres, 1706. Anvers, t. IV et V.
HOTMAN (François). — Franco Gallia, 2e édit. Cologne, 1574, traduction de Simon Goulard.
HOTMAN. — Œuvres complètes, 3 vol. in-fol., 1599-1601.
HOSPITAL (Michel de l'). — Œuvres, 1825, 5 vol. in-fol., t. I.
HAAG. — La France protestante. Paris, 1856, l. VI.
JUNIUS BRUTUS (Etienne). — Vindiciæ contra tyrannos. Edimbourg, 1579, traduction attribuée à François Estienne, 1581, sous le titre : *De la puissance légitime du prince sur le peuple*.
JANET (Paul). — Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale, 3e édit., 2 vol.
JOLY. — Remarques critiques sur le dictionnaire de Bayle. Paris, 1752, in-fol., 1re partie.
LUTHER. — Œuvres complètes, edit. latina. Witeberga, 1558, VIIe vol.
LUTHER. — Mémoires écrits par lui-même, traduits et mis en ordre par Michelet. Paris, 1835.
LABITTE (Ch.). — De la démocratie chez les prédicateurs de la Ligue. Thèse de doctorat ès lettres, 1841, 2e édit., 1865.

LOYSEL. — Institutes coutumières, 1846.

MARSILE DE PADOUE. — Defensor pacis, 1327.

MAYER. — Des Etats généraux et autres Assemblées nationales. Coll. Paris, 1788-1789, 18 vol. in-8, X, XIII, XIV.

MARIANA. — De rege et regis institutione, 1611, in-8.

NEVELET (P.). — Vie d'Hotman, en tête de l'édition complète des œuvres d'Hotman, citée plus haut.

PERRENS. — La Démocratie au moyen âge, 1873.

PICOT. — Histoire des Etats généraux, 1872, in-8, 4 vol.

ROUSSEAU (J.-J.). — Contrat social.

SAINT THOMAS D'AQUIN. — Somme théologique, édit. Lachat-Vivez, VI.

SAINT THOMAS D'AQUIN. — Commentaire sur les sentences de Pierre Lombard. Œuvres complètes. Paris, 1660, VII.

SAINT THOMAS D'AQUIN. — De regimine principum. Œuvres complètes. Paris, 1660, XX.

TREUMANN (Rudolf). — Die Monarchomachen. Leipzig, 1895.

WADDINGTON. — De Huberti Langueti vitâ. Thèse lettres, Paris, 1888.

Bibliothèque de l'Ecole des Chartes, 15e vol.

Mémoires de l'Estat de France sous Charles IX, in-8, 3 vol.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION. III

CHAPITRE PREMIER. — L'idée de souveraineté au début des temps modernes. La monarchie absolue et les précurseurs des démocrates. 1

CHAPITRE II. — Les premiers écrivains de la Réforme. La Saint-Barthélémy et la transformation des idées. 20

CHAPITRE III. — Hubert Languet, sa vie, ses œuvres, sa méthode. 38

CHAPITRE IV. — De l'origine de la souveraineté. 59

CHAPITRE V. — De la délégation de la souveraineté. 78

CHAPITRE VI. — De la limitation de la souveraineté. 97

CHAPITRE VII. — Sanction de la limitation de la souveraineté. 118

CHAPITRE VIII. — Le roi et le tyran. — Doctrine du tyrannicide 134

CHAPITRE IX. — A qui l'exercice du droit de résistance appartient-il ? Théorie de la représentation. 149

CHAPITRE X. — François Hotman. 166

CHAPITRE XI. — Conclusion. 190

BIBLIOGRAPHIE 199

23,855. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

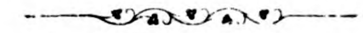
LE CASIER JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le 19 Juin 1900, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Joseph DUCAUD



BORDEAUX
IMPRIMERIE Y. CADORET
17 — RUE POQUELIN-MOLIÈRE — 17
(ANCIENNE RUE MONTMÉJAN)

1900

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MM. BAUDRY-LACANTINERIE, ✻, ✪ I., doyen, professeur de *Droit civil.*

SAIGNAT, ✻, ✪ I., assesseur du doyen, professeur de *Droit civil.*

BARCKHAUSEN, O. ✻, ✪ I., professeur de *Droit administratif.*

DE LOYNES, ✪ I., professeur de *Droit civil.*

VIGNEAUX, ✪ I., professeur d'*Histoire du droit.*

LE COQ, ✻, ✪ I., professeur de *Procédure civile.*

LEVILLAIN, ✪ I., professeur de *Droit commercial.*

MARANDOUT, ✪ I., professeur de *Droit criminel.*

DESPAGNET, ✪ I., professeur de *Droit international public.*

MONNIER, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DUGUIT, ✪ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif.*

DE BOECK, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DIDIER, ✪ I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle.*

CHÉNEAUX, professeur adjoint, chargé des cours de *Droit civil comparé* et de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, agrégé, chargé des cours de *Législation et Économie coloniales* et d'*Économie politique* (Doctorat).

BENZACAR, agrégé, chargé du cours d'*Economie politique* (Licence).

MM. SIGUIER, ✪ A., *secrétaire.*

PLATON, ✪ I., ancien élève de l'Ecole des Hautes Études, *sous-bibliothécaire.*

CAZADE, *commis au secrétariat.*

COMMISSION DE LA THESE

MM. MARANDOUT, professeur, *président.*

VIGNEAUX, professeur, } *suffragants.*

LEVILLAIN, professeur. }

BIBLIOGRAPHIE

BONNEVILLE DE MARSANGY. — De la localisation au greffe de l'arrondissement natal des renseignements judiciaires. Versailles, 1849.

O. DESPATYS. — Traité théorique et pratique des casiers judiciaires en France et à l'étranger. Paris, 1870.

APPLETON. — La réforme des casiers judiciaires. Paris, 1893, 1 vol. in-8° (thèse présentée à la Faculté de droit de Lyon.)

THEUREAU. — Les casiers judiciaires et un projet de casiers civils. Paris, 1892.

MIRONESCO. — Le casier judiciaire. Paris, 1898, 1 vol. in-8° (thèse présentée à la Faculté de droit de Paris).

LE POITTEVIN. — Traité pratique des casiers judiciaires. Paris, 1880.

» Traité théorique et pratique des casiers judiciaires, 1900.

GARRAUD. — Traité théorique et pratique de droit pénal français, *passim*.

RIVIÈRE. — Pandectes françaises, t. XIV, p. 515 s.

FUZIER-HERMAN. — Répertoire général alphabétique de droit français. Paris, 1892.

COMPTE-RENDU *des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1892, p. 681 s.

LEVEILLÉ. — La réforme du casier judiciaire, journal *le Temps*, des 3, 27 mars et 1er avril 1891.

Bulletin de la Société générale des prisons : années 1886, 1887, 1888, 1889, 1890, 1891, 1892 et *passim*.

LE POITTEVIN. — Dictionnaire formulaire des parquets, 3 vol. in-8°. Paris, 1894, t. I, p. 341 s.

Les lois nouvelles, Revue de Législation et de jurisprudence, numéros des 15 mars, 1er avril, 15 avril, 1er mai, 15 mai 1900.

Journal du ministère public et du droit criminel, 1891, p. 85 s.

REY. — La question du casier judiciaire, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée à la Cour d'appel de Montpellier. Montpellier, 1891.

JULIEN BRÉGEAULT. — Le casier judiciaire, journal *la Loi*, 5 décembre 1891.

Bulletin officiel du ministère de la justice, publication trimestrielle (depuis 1876).



LE

CASIER JUDICIAIRE

INTRODUCTION

Définition du casier judiciaire. — Ses diverses utilités. — Divisions de l'ouvrage.

Le casier judiciaire est une institution destinée à réunir au greffe de l'arrondissement natal certaines décisions judiciaires, disciplinaires ou administratives, concernant un même individu en un ensemble qui constituera la biographie morale de ce dernier.

De tout temps, en effet, on s'est préoccupé de la nécessité de connaître les antécédents des prévenus et même de toute personne en général. Mais précisément la difficulté de satisfaire à cette exigence est de nature à s'accroître avec les progrès scientifiques et sociaux qui ont été réalisés depuis le milieu du siècle. On ne peut plus, comme à l'époque où les déplacements étaient difficiles et par cela même très rares, s'en remettre à la notoriété publique du soin de désigner les

repris de justice. Sous l'influence d'une évolution économique et intellectuelle continue, cet irrésistible mouvement qui, chaque année, entraîne d'un bout de la France à l'autre une foule d'individus, s'affirme et se précipite. Le cosmopolitisme devient un des besoins de notre époque, et le temps n'est plus où l'on vivait et mourait dans la même province, ou le passé de chacun pouvait être facilement reconstitué par une simple enquête.

Il faut donc compter avec ce phénomène dont on ne peut songer à enrayer la marche. Et c'est l'heure de méditer ces paroles d'un magistrat célèbre que nous aurons bientôt l'occasion de nommer : « En dehors des grands principes constituants dont se préoccupe en ce moment l'opinion publique, il est un certain nombre d'idées secondaires qui, pour être moins propres à passionner les intelligences, n'en sont pas moins utiles, moins fécondes, moins indispensables au succès de nos nouvelles institutions » (1). Dans l'espèce, cette idée secondaire — mais dont le développement et la réalisation s'imposent — est celle d'une institution qui, saisissant pour ainsi dire l'homme dès le berceau, s'attache à lui comme un témoin impartial de ses actes répréhensibles et présente à toute époque le tableau fidèle de sa vie criminelle. Ce n'est que vers le milieu de ce siècle que cette idée depuis longtemps entrevue passa dans le domaine des faits. La formule définitive en fut donnée, le 5 novembre 1848, par M. Bonneville de Marsangy dans un discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du tribunal civil de Versailles ; c'est à lui que l'on doit la conception du casier judiciaire. Les idées

(1) Bonneville de Marsangy, *De la localisation au greffe de l'arrondissemen natal des renseignements judiciaires*, p. 4. Versailles, 1849.

qu'il développa dans son discours demeuré fameux furent, après avoir fait l'objet d'une campagne de presse favorable et d'un vœu du conseil général de Seine-et-Oise, réalisées par une circulaire du 6 novembre 1850, émanée de M. Rouher, garde des sceaux.

Avant même de connaître dans ses détails l'organisation du casier judiciaire, il ne sera pas inutile d'énumérer ses différentes utilités et d'examiner les services qu'il est appelé à rendre aux pouvoirs publics, aux particuliers, à l'ordre social lui-même. Nous allons donc passer en revue chacun des cas où son emploi paraît tout indiqué en les classant sous trois chefs principaux.

I. Le casier judiciaire est une condition essentielle du fonctionnement de notre système pénal.

a) Le développement anormal de la récidive est l'un des phénomènes les plus inquiétants de notre époque. Il est incontestable que ce sont presque toujours les mêmes individus qui commettent les mêmes crimes et la préoccupation dominante du législateur dans ces dernières années a été d'apporter un remède à ce mal qui va sans cesse grandissant. La seule aggravation des châtiments réservés aux récidivistes a paru avec raison insuffisante et l'on a donné à notre nouvelle législation sur la récidive un caractère éminemment préventif en la fondant sur la distinction des délinquants primaires et des délinquants d'habitude. Indulgence pour les premiers auxquels l'on évitera ainsi les promiscuités flétrissantes et les exemples funestes de la prison, redoublement de sévérité pour les seconds, telle sera la règle. La loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines n'est, avec la loi du 27 mai 1885 sur la relégation, que la

manifestation de cette nouvelle conception du problème de la récidive et des moyens de le résoudre. Et le principe de la nécessité d'un classement des délits ou plutôt des délinquants une fois posé, il est facile de comprendre comment le casier judiciaire deviendra pour les magistrats chargés d'assurer l'application des lois nouvelles un instrument indispensable. En leur fournissant la biographie criminelle de tout individu poursuivi, il leur permettra d'apprécier à sa juste valeur la moralité de ce dernier, pour proportionner la peine à sa perversion, au nombre et à la gravité de ses fautes antérieures.

b) S'il est nécessaire de fixer des limites à l'inviolabilité des individus pour s'assurer, lorsqu'un délit a été commis, de la personne des auteurs présumés, il faut, du moins, réduire au minimum ce mal nécessaire, et pour cela rendre aussi rapide que possible la marche des procédures. Notre législateur n'a pas méconnu ce principe. La loi du 20 mai 1863, sur les flagrants délits, en est, entre beaucoup d'autres, une preuve évidente, et qui pourrait nier l'influence heureuse que le casier judiciaire exercera encore ici ? Son mécanisme ingénieux donnera des renseignements précis et rapides qui permettront au juge d'échapper à ce dilemne jadis insoluble : Juger et condamner presque au hasard, en négligeant « ce discernement des moralités » qui doit être le premier souci du magistrat, ou bien prolonger indéfiniment l'instruction des affaires.

c) Avec le perfectionnement des moyens de locomotion et la suppression des entraves que des formalités gênantes, les passeports par exemple, apportaient à la libre circulation, se sont multipliés les défauts et les contumaces. Les autorités judiciaires chargées d'assurer l'exécution de ces jugements et

arrêts trouveront un précieux secours dans le casier judiciaire.

II. Étant donné le caractère démocratique de nos institutions, le casier judiciaire est comme la pierre angulaire de l'édifice politique et judiciaire.

a) Depuis l'avènement du suffrage universel et de la justice populaire, on ne saurait nier que la connaissance aussi complète que possible des antécédents de tout individu s'impose avec une nouvelle force. Désormais, ce n'est pas seulement pour supprimer le risque des châtiments peu en rapport avec la vie passée des coupables qu'il sera nécessaire de connaître les détails de cette vie. Ce sera encore et surtout pour éviter d'élever ces coupables eux-mêmes au rang des juges ou des législateurs. Pour être dignes de figurer sur les listes du jury, pour jouir de ces droits d'éligibilité et d'élection qui sont devenus l'apanage de tous les citoyens, ceux-ci doivent être exempts de certaines condamnations que déterminent nos lois politiques et judiciaires. Ces condamnations recueillies dans le casier seront facilement retrouvées et la pureté des listes sera désormais assurée.

b) L'admissibilité de tous aux emplois publics, pourvu qu'ils réunissent les qualités de moralité et de capacité nécessaires, droit depuis longtemps reconnu, crée une situation de fait très délicate. Et si par des épreuves, des concours, les administrations de l'État peuvent se rendre compte assez facilement de la capacité intellectuelle des candidats, elles ont depuis longtemps reconnu la nécessité de se munir, pour apprécier la valeur morale de ces derniers, d'un document connu sous le nom de bulletin n° 2 et qui n'est autre, nous le verrons bientôt, qu'un extrait du casier judiciaire. Ce dernier,

ajoutons-le, permet également aux services du recrutement et de l'inscription maritime de découvrir les causes d'incapacité ou d'exclusion dont seraient frappés des engagés volontaires ou de jeunes soldats.

III. Le casier judiciaire constitue une garantie précieuse pour les particuliers et les familles. C'est un facteur important de moralisation sociale.

Il serait trop long d'énumérer les circonstances dans lesquelles un particulier peut avoir besoin de connaître la conduite antérieure d'un individu avec qui il entre en relation, qu'il prend à son service, auquel, en un mot, il est appelé à accorder une confiance absolue. Et le même intérêt existe pour les familles, qui, l'expérience l'a prouvé, sont fréquemment exposées à introduire dans leur sein, soit comme précepteur, soit même à un titre plus intime, des personnes indignes. L'utilité du casier judiciaire, à ce point de vue spécial, avait tellement frappé ses promoteurs qu'ils voulurent lui donner un caractère absolument public, en faire comme le complément des actes de l'état civil. Bornons-nous à dire, pour ne pas anticiper sur une question que nous approfondirons dans la suite, que ce caractère ne lui fut pas conservé et que dès 1876 la publicité du casier fut singulièrement restreinte. Quoi qu'il en soit, d'après les remarques que nous venons de faire, nous pouvons déjà pressentir le rôle éminemment moralisateur que l'institution était appelée à jouer. La première condition, en effet, étant, pour obtenir un emploi public ou privé, d'avoir un casier absolument vierge, il y a là une considération capable de retenir bien des gens qui ne reculeraient pas devant une peine légère ; il y a dans certaines âmes un besoin de considération que l'on ne saurait nier. Et

si l'on ajoute à cela que la préoccupation constante d'une foule de malfaiteurs est de tenir leurs proches dans l'ignorance de leurs condamnations, la divulgation de ces dernières qui sont, comme nous le verrons, transmises précisément au greffe de l'arrondissement natal, est de nature à exercer, par la crainte qu'elle inspire, une influence salutaire. Nous savons bien que la théorie que nous venons d'émettre est contestée et que, dans les avantages que nous venons d'analyser, certains criminalistes n'ont voulu voir qu'une source nouvelle de griefs. Mais, quoique le moment ne soit pas encore venu de discuter ces objections, nous pouvons dès maintenant observer que le nombre des extraits demandés s'est accru régulièrement chaque année, ce qui prouve combien le casier judiciaire est entré dans nos mœurs; et de cette situation, nous pensons être autorisé à conclure que les qualités de l'institution balancent au moins ses défauts.

Du reste, les services inappréciables que, dès les premiers jours de sa création, cette institution rendit aux praticiens, lui valut leurs suffrages unanimes. Et c'est dans ces dernières années seulement que le casier judiciaire a soulevé des critiques dont l'opinion publique et le monde parlementaire ont fini par s'émouvoir. Divers projets de réforme, successivement élaborés depuis 1890, ont fait l'objet, dans la presse, de commentaires passionnés. Cette crise du casier judiciaire vient de se dénouer par la promulgation d'une loi sur la matière, et il nous a paru que l'heure ne pouvait être plus favorable pour essayer de présenter une modeste étude sur cette institution féconde de notre droit pénal.

Nous avons adopté, dans notre travail, les divisions suivantes :

Nous consacrerons une première partie à l'histoire des origines du casier judiciaire, à la description de son organisation et de son fonctionnement dans le dernier état du droit à la veille de la réforme, mais en nous bornant, pour éviter des redites, à un simple aperçu sur certaines questions que nous devrons approfondir dans la suite de cet ouvrage.

Dans notre deuxième partie, nous étudierons les origines de la réforme; nous rechercherons quelles furent ses causes, quels furent ses promoteurs. Après avoir fait la critique des projets successivement présentés, nous aborderons l'étude du texte de la loi du 5 août 1899. Nous analyserons un certain nombre d'idées nouvelles dont s'est inspirée cette loi, notamment au point de vue de la publicité du casier judiciaire, de la prescription de ses mentions, de sa force probante. Nous consacrerons d'assez longs développements à l'innovation capitale réalisée par la création de la réhabilitation de droit.

Et lorsque nous aurons déterminé l'ensemble des règles de l'institution, telle qu'elle fut dans le passé d'abord, telle ensuite que nous l'a rendue le législateur de 1899, nous rappelant que le problème signalé au début de cet ouvrage n'est pas restreint dans les limites du droit français, mais offre un caractère essentiellement universel, nous rechercherons la solution que lui ont donnée les autres peuples, en consacrant un chapitre spécial à la législation comparée et aux mesures internationales contre les malfaiteurs cosmopolites.

Nous signalerons, en terminant, certaines lacunes qui se sont glissées dans la loi nouvelle et qui ont amené le garde des sceaux actuel à déposer, sur le bureau du Sénat, le 4 décembre 1899, un projet de loi dont le caractère est purement rectificatif.

PREMIÈRE PARTIE

Le casier judiciaire sous le régime des circulaires.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES

Sous l'ancien régime déjà, les pouvoirs publics avaient été frappés de l'importance du problème capital que la création du casier judiciaire a définitivement résolu. Je n'en veux pour preuve que la création, en 1750, de ce journal de Paris destiné à relater les condamnations, ainsi que diverses plaintes ou déclarations de vols, mais dont le fonctionnement fut assez peu régulier. Comment, d'ailleurs, organiser ce vaste dépôt de renseignements dont la nécessité se faisait impérieusement sentir, alors que cette centralisation, dont on conteste aujourd'hui les bienfaits, faisait totalement défaut, et que l'autorité était encore « disséminée dans les mille cases de l'échiquier de France » (1) ? En supprimant les provinces, la Révolution prépara, rendit possible la solution provisoire que devaient donner à la question les premiers gouvernements qui présidèrent au nouvel état de choses.

(1) Troplong, *Des droits d'enregistrement*, *Revue de législation*, année 1839.

Une liste alphabétique des individus traduits devant le tribunal correctionnel ou appelés devant le juge d'instruction, accompagnée d'une notice sommaire sur chaque affaire dut, en vertu de la loi du 19 vendémiaire an IV, être tenue dans chaque greffe.

Sous l'empire des mêmes préoccupations, un ministère de la Police générale fut créé par la loi du 12 nivôse an IV.

Enfin, le code de 1808 fit faire à la question un nouveau progrès, par la création, dans les art. 600, 601, 602, d'une institution qui devait assurer tant bien que mal le service des renseignements sur les antécédents judiciaires, jusque vers le milieu du siècle. Voici le texte de ces articles dont l'examen nous arrêtera un instant.

Art. 600. « Les greffiers des tribunaux correctionnels et des » cours d'assises seront tenus de consigner, par ordre alpha» bétique, sur un registre particulier les noms, prénoms, pro» fession, âge et résidence de tous les individus condamnés à » un emprisonnement correctionnel ou à une plus forte peine; » ce registre contiendra une note sommaire de chaque affaire » et de la condamnation à peine de 50 francs d'amende pour » chaque omission ».

Art. 601. « Tous les trois mois, les greffiers enverront, à » peine de 100 francs d'amende, copie de ces registres au » ministre de la justice et à celui de la police générale ».

Art. 602. « Ces deux ministres feront tenir dans la même » forme un registre général composé de ces diverses copies ».

Le législateur de l'époque attendait de ces prescriptions les plus heureux résultats. « Ainsi, fut-il dit au cours des travaux préparatoires, un contrôle général sera établi à Paris pour la facilité des recherches, et les deux ministères les plus

intéressés à la poursuite et à la répression des méchants, la police qui les recherche et les arrête, la justice qui les frappe trouveront dans une désolante biographie, la statistique bien exacte de tous les crimes et la statistique personnelle aussi exacte de tous les malfaiteurs ». Ce fut le 2 janvier 1811 que le code d'instruction criminelle entra en vigueur, et depuis cette date, les copies prescrites par l'art. 600 furent fidèlement adressées aux deux ministères de la justice et de la police générale. Mais Bonneville de Marsangy nous apprend qu'il résulte de renseignements pris par lui au ministère de la justice, que le registre prescrit par l'art. 602 aurait cessé d'être tenu dans ce ministère dès l'année 1812, de telle sorte que l'on se serait borné à classer l'ensemble des copies transmises par les greffiers. Ce n'est donc qu'au ministère de la police générale que les prescriptions du code d'instruction criminelle furent exécutées à la lettre. C'est là aussi que nous les étudierons.

Depuis que le ministère de la police générale s'est confondu avec celui de l'intérieur, c'est à ce dernier ministère que doivent être envoyées les copies ordonnées par l'art. 600. Mais elles ne sont pas enregistrées par ce département et sont communiquées au préfet de police à qui incombe la mission de les faire transcrire. L'ensemble des registres où elles sont consignées forme dans les bureaux de la préfecture de police le grand dépôt central de renseignements connu sous le nom de sommiers judiciaires.

Il semble que, grâce à cette institution des sommiers judiciaires, la difficulté de mettre à la disposition de la justice répressive une source de renseignements rapides et complets sur les individus poursuivis aurait dû désormais être résolue.

Il n'en fut rien, car le législateur de 1808, en formulant et en appliquant un principe d'une fécondité incontestable, négligea des détails d'organisation qui devaient fatalement compromettre, dans l'avenir, le fonctionnement, le succès de l'institution. Au bout de quelques années, il se produisit dans les bureaux des sommiers de la préfecture de police un tel encombrement, qu'il devint impossible de répondre, dans un délai convenable, aux demandes de renseignements qui arrivaient de tous les points du territoire. L'établissement de tables alphabétiques décennales n'eût point été un remède radical tout en nécessitant une somme énorme de travail, et il aurait fallu renoncer à tirer un parti quelconque des documents accumulés si, en 1833, on n'avait imaginé ce que nous appellerons, avec Bonneville de Marsangy, des tables mobiles perpétuelles, c'est-à-dire un ensemble de bulletins alphabétiquement rangés dans des casiers, de telle sorte que l'on puisse incessamment augmenter ou diminuer leur nombre, sans bouleverser l'ordre alphabétique. Lesdits bulletins renvoient à différents sommiers et permettent ainsi de découvrir assez rapidement le document cherché. Un dernier perfectionnement fut réalisé par M. Henri Gisquet, qui fut préfet de police de 1831 à 1836. Pour rendre maniables et faciles à consulter les registres qui étaient dès lors au nombre de 400 et renfermaient plus de 500,000 noms dont le nombre s'accroissait sans cesse, il n'y fallait point songer à moins d'un remaniement, d'une transformation absolue de l'institution. Cette transformation absolue fut l'œuvre de M. Henri Gisquet. Il remplaça le répertoire alphabétique composé de feuilles volantes qui emplissaient déjà quatre caisses de bois, et dont le service n'occupait pas moins de quatorze employés, par de

petites feuilles de carton léger, qui constituent un bulletin contenant sur chaque individu des renseignements complets. En un mot, au lieu de renvoyer à des registres encombrants, ce qui nécessitait un double travail, désormais les bulletins donnèrent eux-mêmes et directement, les indications demandées et deux hommes suffirent pour assurer le service.

Ainsi redevenait pratique cette institution qu'on avait pu croire à une certaine époque devoir être abandonnée. D'ailleurs, la collection de bulletins s'augmentait rapidement et dès 1870, le nombre en dépassait quatre millions : ce fut de nouveau à quatorze employés, sous la direction d'un sous-chef de bureau, que furent confiés le classement et la consultation de cette masse de documents. On put un instant, pendant les incendies de la Commune, craindre la destruction complète des sommiers judiciaires déposés dans l'ancien hôtel des premiers présidents du Parlement de Paris qui, depuis l'arrêté du 12 messidor an VIII, était le siège de la préfecture de police. Mais ils furent sauvés en grande partie, et les bulletins détruits furent reconstitués en vertu d'un décret de septembre 1872 et d'un arrêté ministériel du 12 octobre, à l'aide des casiers judiciaires d'arrondissement, du casier central, et des notices de condamnations transmises en vertu de l'art. 601 au ministère de l'intérieur.

Pour déterminer l'étendue des services rendus par les sommiers judiciaires, il faut distinguer entre les demandes de renseignements émanant d'un parquet du ressort de la cour de Paris et celles qui sont formées par d'autres tribunaux. Aux premières seules, à quelques exceptions près, il peut être satisfait dans un délai raisonnable. Et d'ailleurs, à

côté de nombreux avantages, les sommiers judiciaires présentent aussi quelques inconvénients, certaines lacunes.

Nous verrons plus tard que, comparés au casier judiciaire, ils ont sur lui l'avantage de relater les ordonnances de non lieu et les acquittements. En outre, ils sont plus simples, partant moins souvent entachés d'erreur que les bulletins n° 2 dont nous pourrons au contraire apprécier la complexité, lorsque nous étudierons le casier judiciaire en détail.

En revanche, ce dernier réunit certaines qualités primordiales qui font défaut aux sommiers judiciaires. Ceux-ci, créés pour la seule administration de la police, ne sont pas accessibles aux autres administrations publiques. Les parquets ne peuvent en obtenir communication que sur demande adressée au préfet de police. En un mot ils sont occultes.

C'est là un caractère sur lequel les travaux préparatoires ne laissent aucun doute. Le projet initial des art. 600, 601, 602, lorsqu'ils vinrent en discussion devant le Conseil d'Etat, prévoyait le cas où des fonctionnaires publics ou en général des parties intéressées demanderaient des extraits. Il décidait que ces extraits pourraient être accordés. Les procès-verbaux de la séance du 12 août 1808 nous apprennent que, dans la crainte des abus qu'engendrerait cette faculté dangereuse et sur la proposition de Cambacérès, Réal et Treillard, le paragraphe fut supprimé.

Un second inconvénient des sommiers judiciaires est d'être muets sur les arrêts des conseils de guerre, des tribunaux maritimes, sur les jugements déclaratifs de faillite, les arrêts de réhabilitation. Si l'on ajoute à cela qu'ils n'ont aucun caractère authentique, et si l'on rappelle leur impuissance à satisfaire à toute demande de renseignements émanant d'un

point quelconque du territoire autre que Paris et les départements circonvoisins, on aura la liste à peu près complète des lacunes qu'il était urgent de combler par l'organisation d'une nouvelle institution plus en harmonie avec les besoins sociaux de notre époque, et susceptible de fonctionner sur une plus vaste échelle.

CHAPITRE II

LE CASIER JUDICIAIRE A LA VEILLE DE LA RÉFORME

Dans la circulaire du 6 novembre 1850, M. Rouher, garde des sceaux, adressait aux procureurs généraux les instructions suivantes. « Il sera établi au greffe de chaque tribunal civil, un casier destiné aux renseignements judiciaires. Ce casier sera divisé par compartiments suivant l'ordre alphabétique ». Cette citation prouve que le terme casier conserve ici son acception ordinaire, c'est-à-dire qu'il désigne un ensemble de cases juxtaposées destinées à recevoir des objets ou des documents dans un ordre qui rendra facile leur classement et leur recherche.

Quelle était la base que l'on devait adopter pour l'établissement des casiers judiciaires ? Fallait-il, à l'exemple du législateur de 1808, lorsqu'il institua les sommiers judiciaires, choisir un centre unique ; ou bien le système de la localisation des bulletins en divers lieux était-il préférable ? Malgré certains avantages particuliers au premier système, principalement au point de vue de la surveillance des casiers et des garanties du service, ce fut le second qui l'emporta pour les raisons suivantes. La multiplicité des dépôts de renseignements offrait d'abord des chances de conservation plus sérieuses que n'eût pu le faire un dépôt unique, toujours exposé à une destruction complète par suite d'un sinistre, d'une guerre,

d'événements politiques enfin. Et ce n'était pas là une crainte chimérique, puisque nous avons vu plus haut que les sommiers judiciaires avaient précisément failli devenir la proie des flammes pendant les journées néfastes de la Commune de Paris. En outre, pourquoi ne pas appliquer ici encore le principe fécond de la division du travail, en répartissant entre plusieurs groupes de fonctionnaires, un service qui, centralisé, eût exigé un personnel spécial? Les chances d'encombrement seront diminuées; on évitera la nécessité de créer une classe nouvelle de bureaux et d'employés, et l'exactitude, la rapidité des renseignements y gagneront. Enfin, nous remarquerons avec Despatys (1), que le plus souvent, les individus poursuivis sont originaires du département ou même de l'arrondissement du tribunal saisi de la poursuite, et qu'il est par conséquent dans l'intérêt de ce dernier d'avoir sous la main, à sa disposition immédiate, les renseignements qui lui sont indispensables.

Cette première difficulté résolue, restait à désigner les lieux dans lesquels se ferait la centralisation. On pouvait hésiter entre le lieu du domicile et le lieu de naissance. Mais si l'on remarque le caractère incertain du premier, les difficultés auxquelles donne lieu trop souvent sa détermination, la facilité enfin, et la rapidité avec laquelle il change, on n'hésitera pas à donner la préférence au lieu de la naissance. Car, pour celui-ci, comme le dit la circulaire du 6 novembre 1850, « il n'y a rien de vague, rien d'incertain, rien de mobile : c'est un fait qui saisit l'homme à son entrée dans la société et l'y suit jusqu'à sa mort ». Cette supériorité parut si évidente aux premiers organisateurs du casier judiciaire, qu'ils n'hé-

(1) *Traité théorique et pratique des casiers judiciaires en France et à l'étranger*, p. 124.

sitèrent pas à réunir, en effet, au greffe du tribunal de première instance de l'arrondissement natal, les renseignements judiciaires concernant chaque individu. Et ainsi furent consacrés les deux principes sur lesquels est encore fondée l'institution, choix de l'arrondissement comme centre local de renseignements ; choix du lieu de naissance comme base de classement.

Si l'on procède à l'analyse du casier judiciaire, on y découvre deux organes principaux : le bulletin n° 1 qui, destiné à constater toute condamnation ou décision judiciaire concernant un même individu, reste perpétuellement classé au greffe de l'arrondissement natal ; le bulletin n° 2 qui, consistant soit dans le relevé à peu près intégral des mentions portées sur l'ensemble des bulletins n° 1 afférents à cet individu, soit dans un certificat négatif attestant qu'il n'existe pas de bulletin n° 1 qui lui soit applicable, permet l'utilisation, la mise en œuvre par les intéressés des renseignements recueillis par le casier judiciaire.

Toutes les condamnations constatées par bulletin n° 1 doivent être portées sur le bulletin n° 2, dans leur ordre chronologique. A cette règle, il existe d'ailleurs quelques exceptions. Et d'abord, il va de soi que les greffiers devront bien se garder de mentionner les condamnations effacées par une amnistie et dont ils n'auraient pas extrait les bulletins n° 1 comme ils en ont l'obligation. En outre, ne doivent plus être relevées sur les extraits délivrés aux administrations publiques et aux particuliers :

1° Les condamnations effacées par la réhabilitation ;

2° Les décisions acquittant des mineurs de 16 ans comme ayant agi sans discernement ;

3° Les mesures disciplinaires ayant un caractère purement administratif et n'entraînant aucune incapacité.

En dehors de ces restrictions auxquelles les parquets seuls échapperont, c'est la biographie judiciaire intégrale des individus qui sera communiquée aux intéressés qui en feront la demande. La circulaire du 30 décembre 1850 posait le principe suivant : « On m'a demandé dans quel esprit devait s'entendre la communication à faire aux simples particuliers des renseignements contenus aux casiers judiciaires : ma pensée est que la publicité doit être la règle et que la communication doit être accordée chaque fois que le ministère public reconnaît que la demande qui en est faite s'appuie sur des motifs sérieux et raisonnables ». Mais c'était là une mesure imprudente qui devait fatalement faire de l'institution l'instrument d'un chantage odieux. Et dans deux circulaires, du 17 août et du 6 décembre 1876, M. Dufaure dut fixer d'étroites limites à la délivrance aux particuliers d'extraits du casier judiciaire qui « a pour but de renseigner la justice criminelle sur les antécédents des inculpés ; ce serait en altérer le caractère que de le faire servir à donner satisfaction à des vues intéressées ». En conséquence, la délivrance d'extraits à des tiers est désormais formellement interdite, et seuls pourront en obtenir les parquets, les administrations publiques, les titulaires du casier lui-même. Nous verrons d'ailleurs en abordant l'histoire de la réforme du casier judiciaire, que, même réduite à ces proportions, sa publicité a soulevé des critiques qui n'ont pas peu contribué à la transformation de l'institution.

C'est aux greffiers qu'incombe le travail matériel de l'administration des casiers judiciaires. Ils dressent les bulletins

n° 1 destinés à constater les décisions émanant du tribunal auxquels ils sont attachés : ils classent les bulletins qui sont adressés à leur greffe par les parquets généraux ; enfin, ils sont chargés de satisfaire aux demandes d'extraits adressées par les intéressés.

L'inspection et le contrôle des casiers sont réservés au ministère public.

Le procureur de la République doit exercer sur le service du casier du tribunal auprès duquel il exerce ses fonctions, une surveillance constante. Il s'assure par de fréquents examens que toutes les condamnations prononcées sont constatées par bulletins. Il rectifie les erreurs que pourraient contenir ces derniers, puis, s'ils sont réguliers, les vise et les adresse au procureur général. Cet envoi remplace pour les jugements correctionnels les extraits qui, aux termes de l'art. 198, devaient être envoyés par quinzaine au parquet de la cour.

Le procureur général veille à la parfaite exécution des prescriptions de la chancellerie touchant les devoirs des greffiers et des procureurs de la République. Par l'intermédiaire d'un magistrat délégué, il procède à un nouvel examen des bulletins qui lui sont transmis et, cette vérification terminée, les adresse au greffe des différents tribunaux du ressort ou au casier central dont nous parlerons plus tard.

Voici les règles générales d'après lesquelles les casiers s'alimentent et fournissent les renseignements qui leur sont demandés. Toutes les fois qu'il intervient des décisions de nature à être constatées au casier judiciaire, les greffiers des cours et tribunaux qui ont statué dressent des bulletins où sont consignées lesdites décisions. Ces bulletins, après avoir

été examinés et visés par le procureur de la République, sont adressés au procureur général de chaque cour, lequel, après un nouvel examen, les transmet au parquet de l'arrondissement natal des individus intéressés où ils sont recueillis par le greffier qui vérifie tout d'abord sur le registre de l'état civil si lesdits individus sont bien originaires de l'arrondissement, puis classe les bulletins par ordre alphabétique, dans des compartiments correspondant à la lettre initiale de chaque nom.

L'importance capitale que présente la rapidité de la transmission des renseignements a fait édicter pour la délivrance des bulletins n° 2, aux parquets, des règles spéciales. Les circulaires de la chancellerie prescrivent de ne jamais laisser plus de quarante-huit heures ces demandes de renseignements sans réponse. La voie télégraphique pourra être employée. Du reste, que les demandes de renseignements émanent des parquets, des administrations publiques ou des particuliers, la marche à suivre est toujours la même. La demande est adressée au procureur de la République compétent qui l'examine et, s'il y a lieu, la transmet après l'avoir visée au greffier, lequel adresse le bulletin n° 2 réclamé et l'envoie à destination, sous pli cacheté.

Nous avons toujours supposé, dans nos explications précédentes, que les individus dont les condamnations faisaient l'objet d'un bulletin étaient originaires d'un arrondissement français d'abord, d'origine connue ensuite. Mais il peut se présenter des cas où l'une de ces deux circonstances et parfois même les deux à la fois font défaut. Alors surgit une difficulté qui, dès le début, amena de graves complications. La circulaire du 6 novembre 1850 prescrivait de classer les bulletins

dressés au nom d'individus étrangers ou d'origine inconnue, soit au greffe du tribunal de l'arrondissement du domicile présumé, soit au greffe du tribunal dont émanait la condamnation. Mais il est évident qu'il devenait par cela même impossible de tirer un parti quelconque de ces bulletins déclassés, puisqu'il eût fallu, pour les utiliser et déjouer les efforts des repris de justice passés maîtres en l'art de dissimuler leur identité, leurs antécédents, désigner un point fixe où tous ces documents vinssent converger. Ce fut seulement par une circulaire du 30 août 1885 que cette amélioration fut réalisée grâce à la création du casier central organisé à la chancellerie dans les bureaux des statistiques judiciaires. C'est désormais à ce bureau que seront envoyés les bulletins concernant les individus d'origine inconnue, bulletins qui, après avoir fait l'objet des plus minutieuses recherches aux registres de l'état civil, devront être revêtus de la mention « pas d'acte de naissance applicable ». Seront en outre classés au casier central les bulletins concernant les étrangers avec la mention aussi exacte que possible de leur lieu d'origine et de la province à laquelle ils appartiennent, cela dans le but de faciliter les échanges internationaux. Enfin il sera procédé de même pour les condamnés originaires de nos colonies. Les bulletins dressés à leur nom devront être conservés au casier central. Dès lors, toutes les fois que des renseignements sur un individu né dans nos colonies, d'origine inconnue ou étrangère, deviendront nécessaires, c'est au casier central qu'ils devront être réclamés. Les parquets les obtiendront par demande directement adressée au garde des sceaux : les fonctionnaires de l'administration publique et les particuliers s'adresseront au procureur de la République de leur résidence : celui-ci

transmettra leur demande à la Chancellerie, laquelle fera établir et enverra l'extrait qui sera remis au greffier chargé de le faire parvenir à l'intéressé.

Les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des casiers judiciaires sont dispersées dans une infinité de circulaires dont 76 émanées de la Chancellerie et une quinzaine d'autres des ministères de l'Intérieur, de la Guerre, de la Marine, des Finances. Le caractère législatif fait donc défaut à l'institution. Et toutefois elle a été indirectement reconnue, consacrée en quelque sorte par des lois récentes qui l'ont expressément visée. C'est ainsi, par exemple, que la loi du 14 août 1885, sur la réhabilitation, déclare que, lorsque la réhabilitation est prononcée « mention en est faite au casier judiciaire : les extraits délivrés aux parties ne doivent pas relever la condamnation : le réhabilité peut se faire délivrer un extrait du casier judicaire sans frais ». Ce fut en vain que dans la séance du 18 mai 1885, M. Freppel tenta d'amender ce texte qui, étant donné le caractère simplement administratif du casier judiciaire, contenait une véritable hérésie juridique. Le parlement passa outre et la loi du 26 mars 1891, à son tour, reconnut l'existence du casier judiciaire dans son article 4 ainsi conçu : « La condamnation est inscrite au ca-» sier judiciaire avec la mention expresse de la suspension » accordée. Si aucune poursuite suivie de condamnation dans » les termes de l'art. 1er n'est intervenue dans le délai de » cinq ans, elle ne doit plus être inscrite dans les extraits » délivrés aux parties ». Ces inconséquences du législateur ont été provoquées par la situation confuse qui résulte du caractère purement ministériel que le casier judiciaire a conservé depuis sa création. Jusque à ces derniers temps il est

demeuré à la merci du caprice d'un ministre qui, peu convaincu de ses mérites, eût pu incontestablement défigurer et même supprimer l'œuvre d'un de ses devanciers. Aussi, bien loin de reconnaître avec certains jurisconsultes que c'est là, somme toute, un danger chimérique, que le régime des circulaire a l'avantage précieux de donner à cet organe de notre système pénal une élasticité que lui enlèvera la consécration législative, nous proclamons l'impérieuse nécessité d'une loi d'ensemble sur la matière. Car, comme le disait déjà Despatys en 1870, « aujourd'hui que l'utilité et la nécessité de cette institution sont reconnues, il semble que le moment soit venu de lui donner le caractère de solidité et de fixité qui lui manquent » ([1]). Et d'ailleurs est-il admissible que le casier judiciaire, qui constitue, pour ainsi dire, un complément des actes de l'état civil, qui est tellement entré dans nos mœurs qu'il a sa répercussion jusque dans le sein de la famille et dans le monde du travail, reste livré à l'arbitraire gouvernemental? Ni la doctrine, ni le législateur ne l'ont jugé ainsi, et leur commun effort vient d'aboutir à la promulgation d'une loi qui consacre l'institution du casier judiciaire tout en réalisant les importantes réformes dont la pratique avait démontré la nécessité.

([1]) Despatys, *Traité théorique et pratique des casiers judiciaires en France et à l'étranger*, p. 187.

DEUXIÈME PARTIE

La loi du 5 août 1899.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES

La question du casier judiciaire ne pouvait manquer de se poser au cours des importants travaux qui, depuis une quinzaine d'années, ont graduellement effectué dans notre législation pénale une véritable transformation, principalement au point de vue de deux problèmes dont les solutions sont intimément liées : la répression des récidives, la réhabilitation des condamnés. Déjà, dans la séance du 27 juin 1886, M. Delattre s'écriait à la Chambre des députés : « On transforme le casier judiciaire en une sorte de pilori à perpétuité, il remplace les anciennes expositions sur la place publique, il engendre plus de récidivistes que vous n'en enverrez jamais à la Nouvelle-Calédonie » (1). Et le garde des sceaux de l'époque, M. Demôle, se hâtait de répondre qu'il soumettrait bientôt au parlement un projet de loi sur la matière. Mais peu après une crise ministérielle entraînait la ruine du projet annoncé. L'idée fut reprise quatre ans après par un groupe de députés dont MM. Albert Chiché et Jourde, qui déposèrent le 23 juin 1890 un projet visant l'une des imperfections les plus critiquées du casier judiciaire, la perpétuité des

(1) *Journ. Off.*, Chambre, Débats parlement., 30 juin 1886, p. 1244.

inscriptions. « Nous pensons, était-il dit dans l'exposé des motifs, qu'il serait juste, humain et utile au point de vue social, que le condamné qui a subi sa peine puisse voir disparaître cette note d'infamie au bout d'un certain nombre d'années d'une vie irréprochable ». Le Sénat, à son tour, fut saisi de la question au cours de la discussion de la loi relative à l'atténuation et à l'aggravation des peines. M. Trarieux, en effet, ayant présenté dans la séance du 27 juin 1890 un amendement tendant à rendre applicables dans une certaine mesure les dispositions favorables de la loi nouvelle aux condamnations antérieures à sa promulgation, fournit à M. Bérenger l'occasion de prononcer contre le casier judiciaire un brillant réquisitoire qui arracha à M. Fallières la promesse formelle d'une réforme prochaine. L'honorable garde des sceaux déclara que son intention formelle était de déposer un projet de loi aussitôt que les délégués français seraient revenus du Congrès pénitentiaire siégeant à Saint-Pétersbourg, précisément à cette date. « Ces délégués, ajoutait-il, se proposaient avant leur départ de soulever la question du casier judiciaire au Congrès ; le Sénat comprendra que nous pourrons ainsi profiter des lumières non seulement de nos délégués mais aussi de l'Europe entière ». Cette dernière espérance ne fut qu'imparfaitement réalisée, car le résultat de ces débats internationaux fut loin de répondre à ce que l'on en attendait, le congrès s'étant borné à constater la nécessité d'une réforme sans pouvoir en préparer la réalisation.

Quoi qu'il en soit, le garde des sceaux resta fidèle à sa promesse et un arrêté ministériel du 24 juillet 1890 institua une commission extra-parlementaire « chargée, sous la présidence du ministre de la justice, de rechercher les modifications qui

pouvaient être apportées au fonctionnement du casier judiciaire. Voici les noms des membres qui la composaient : MM. Cazot, Bérenger, Trarieux, sénateurs ; Guyot-Dessaigne, Bovier-Lapierre, Leygues, députés ; Voisin, conseiller à la cour de cassation ; Herbette, conseiller d'État ; Dumas, directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice ; Leveillé, professeur à la Faculté de droit de Paris ; Bloch, avocat général à la cour d'appel de Paris ; Guillot, juge d'instruction de la Seine ; Brégeault, substitut du procureur de la République ; Yvernes, chef de division au ministère de la justice ; M. Noulens, auditeur au Conseil d'État, fut choisi pour secrétaire. Le 24 octobre, un arrêté nomma deux membres nouveaux : MM. Jacquin, conseiller d'État et Lépine, secrétaire général de la préfecture de police. La commission tint le 30 juillet et le 2 août deux séances présidées par le garde des sceaux. M. Cazot, vice-président, en présida 16 autres jusqu'au 6 juin 1891, date de la dernière, et la mission de la commission extraparlementaire se fût terminée là, si ses pouvoirs n'avaient été renouvelés dans le but de lui permettre d'examiner la question de la réhabilitation dont elle avait signalé l'intérêt au cours de ses travaux. Elle n'aboutit, du reste, sur ce point spécial qu'à un résultat à peu près négatif.

Ce fut dans la séance du 6 juin 1891 que fut approuvé le rapport rédigé par M. Brégeault dans le but de soumettre au garde des sceaux les résultats des travaux de la commission. Ces travaux avaient abouti à un projet de loi qui, déposé par M. Fallières sur le bureau du Sénat le 22 octobre 1891 fut soumis par son successeur au Conseil d'État.

Dans le cours de nos développements, nous avons parlé d'une réforme nécessaire ; mais jamais le mot de suppression,

d'abolition n'a été prononcé. C'est qu'en effet on est à peu près d'accord pour accepter le maintien du casier judiciaire en principe. Les critiques, fort exagérées d'ailleurs, comme nous le verrons, que l'on peut lui adresser au point de vue du relèvement des condamnés ne font pas disparaître l'impérieuse nécessité de connaître les antécédents des individus traduits devant les tribunaux. On peut discuter la question de la publicité du casier judiciaire à l'aide des arguments que nous examinerons plus loin : on en peut refuser rigoureusement la communication à tous autres que les seuls magistrats, mais on ne saurait, avec un auteur du reste isolé, M. Theureau, mettre en doute la légitimité du principe lui-même de l'institution au risque de replonger la justice répressive dans les funestes incertitudes de jadis.

De cette unanimité à respecter l'idée fondamentale du casier judiciaire, il ne faudrait pas conclure que l'on est d'accord sur la nature même de cette institution. Une théorie très ingénieuse a été émise sur cette question par M. Leveillé, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Étant donné que la publicité et la perpétuité de ses mentions sont les deux principaux griefs invoqués contre le casier judiciaire, M. Leveillé s'efforce de définir sa nature véritable pour en déduire un remède à ces deux vices : « Tel que le casier judiciaire est organisé, dit-il, il divulgue imprudemment des fautes négligeables et il se souvient trop longtemps, puisqu'il s'en souvient toujours, des condamnations prononcées. Par suite de cette double imperfection, le casier nuit d'une façon inintelligente et barbare, au reclassement d'un grand nombre de libérés qui sont quelquefois très intéressants, soit parce que ces libérés n'ont vraiment pas commis

autrefois un délit majeur, soit parce que depuis leur sortie de prison, qui remonte souvent à de longues années, ils se sont peut-être admirablement conduits » (1), et l'éminent professeur, posant en principe que l'inscription au casier est une peine accessoire, ajoute : « La peine en soi est une souffrance que la société inflige au délinquant à raison de l'infraction qu'il a commise. Il y a des peines qui atteignent le coupable dans sa liberté, comme l'emprisonnement; d'autres qui l'atteignent dans sa fortune, comme l'amende; d'autres qui l'atteignent dans sa considération, comme la publication d'un jugement de condamnation. Le code pénal, dans son art. 36, avait prescrit l'affichage des arrêts de la cour d'assises et les commentateurs du code ont qualifié très exactement de peine cette divulgation pénible des sentences rendues contre les accusés; eh bien! l'inscription au casier est plus cruelle encore que l'affiche de l'art. 36. Celle-ci ne dure souvent qu'un jour; le premier vent qui souffle, la première pluie qui tombe la déchire et l'emporte en lambeaux. L'inscription au casier, c'est l'affiche permanente, c'est l'affiche qui ne disparaît plus, c'est l'affiche perpétuelle, c'est l'affiche qui dénonce même les plus légères infractions et les plus légères condamnations correctionnelles. Aussi, dans la commission de révision du code pénal, avons-nous sans hésiter porté sur la liste des peines proprement dites, la publication des jugements répressifs, sans nous préoccuper des variétés possibles de la publication » (2).

Quelque séduisante que soit, au premier abord, cette théorie de M. Leveillé, elle a soulevé des objections qui ne man-

(1) Journal *Le Temps*, numéro du 3 mars 1891.

(2) Journal *Le Temps*, numéro du 27 mars 1891.

quent pas de force. Et d'abord, a-t-on répondu, ce n'est pas au seul casier judiciaire qu'il faut imputer la publication, la vulgarisation, pourrait-on dire, des condamnations prononcées. « Au lendemain de chaque audience, la presse publie les résultats de toutes les affaires soumises aux tribunaux correctionnels et aux cours d'assises; elle relate soigneusement toutes les circonstances du délit ou du crime, les diverses phases de la procédure, les incidents qui se sont produits, les déclarations des témoins, l'interrogatoire des prévenus et la décision du tribunal ou de la cour. Tous ces détails ne sont-ils pas de nature à rester bien plus longtemps fixés dans l'esprit de ceux qui les lisent que la formule concise, résumé de la qualification légale, qui figure sur les bulletins du casier judiciaire » (1)? Faudra-t-il donc, pour éviter l'aggravation de la sentence par l'addition d'une peine accessoire imaginaire, retirer à la presse l'exercice de ce droit, nous dirions presque de ce devoir qu'elle a de reproduire les débats et les jugements, contribuant ainsi à donner à la peine cette exemplarité qu'elle doit toujours posséder sous peine de devenir injuste et inutile? Et d'ailleurs, bien loin de procéder par affichage, le casier judiciaire fuit la publicité. N'est-il pas simplement « une immense table alphabétique de toutes les décisions judiciaires prononcées en France, dont les différentes séries de fiches sont réparties entre les greffes de tous les tribunaux de première instance »?

Il est en outre assez malaisé d'adapter au casier judiciaire la définition ordinaire de la peine. « La peine, dit M. Garraud, est un mal infligé en vertu et par la volonté de la loi

(1) Le Poittevin, *La réforme du casier judiciaire*, p. 14.

pénale à ceux qui ont été, dans les formes voulues, reconnus coupables d'une infraction » [1]. Une peine ne peut donc être créée et appliquée qu'en vertu des dispositions expresses d'une loi et cette condition faisait absolument défaut en notre matière avant le 5 août 1899. Et même depuis la promulgation de la loi sur le casier judiciaire, il est impossible de soutenir que cette lacune étant réparée, le casier, si l'on considère comme fondée la théorie de M. Leveillé, puisse désormais rentrer dans la définition de la peine, puisque cette dernière qualité ne lui est pas expressément reconnue par cette loi, ne résulte même pas implicitement de ses termes. La force de cet argument n'a d'ailleurs pas échappé à M. Leveillé qui essaie de tourner la difficulté par un raisonnement en forme de syllogisme. Les commissaires chargés de la révision du code pénal n'ont pas hésité, dit-il, à classer l'affichage des jugements répressifs parmi les peines proprement dites. Donc, le casier judiciaire étant l'équivalent de l'affichage, doit forcément être lui-même considéré comme une peine. Mais ce que ne démontre pas M. Leveillé, c'est précisément cette équivalence de l'affichage de l'article 36 et du casier judiciaire. Qu'on les compare, nous l'admettons, mais il faut se garder de les assimiler. Par son but comme par le procédé, les circulaires ministérielles qu'employèrent ses organisateurs, le casier judiciaire n'est rien moins qu'une peine au sens technique du mot. Et lorsque des auteurs, reprenant la théorie de M. Leveillé, essaient de la justifier par une émouvante peinture des conséquences douloureuses de l'institution, ils tombent dans des confusions grossières. Tel M. Theureau qui

[1] *Précis de droit criminel*, p. 169.

s'écrie : « On prétendra, à un point de vue encore plus large, que pour tous les individus dont il garde les noms inscrits il n'est pas une peine, lorsque ces individus se trouvent ainsi et de ce seul fait, frappés indéfiniment de certaines incapacités, ne pouvant être en conséquence ni des jurés, ni des éligibles aux fonctions publiques, ni des électeurs » ([1]). Ainsi les effets directs de la condamnation elle-même, effets prévus et réglés par des lois absolument indépendantes du casier judiciaire, sont attribués à ce dernier qui n'a d'autre mission que de constater les jugements ou arrêts pour en assurer l'efficacité. C'est confondre le miroir avec les objets dont il reflète l'image.

Du reste, quelque parti que l'on prenne sur le fond même de la théorie de M. Leveillé, alors même que l'on accepte le principe par lui posé, il est bien difficile d'admettre les conséquences qu'il en déduit. En effet, après avoir reconnu dans le casier judiciaire tous les caractères d'une peine véritable, il proclame la nécessité de le soumettre aux même règles que les peines ordinaires et pour cela il propose les trois mesures suivantes :

1° Le juge auquel est réservé le soin d'apprécier la criminalité subjective et de graduer le châtiment dans les limites de la loi doit évidemment être autorisé à ordonner ou à ne pas ordonner, suivant les cas, l'inscription au casier.

2° Cette inscription ne devra d'ailleurs être prononcée que pour un temps déterminé.

3° Enfin, le chef de l'Etat pourra, par la voie de la grâce, viser expressément l'inscription au casier comme toute autre peine pour en exonérer le condamné qui donnera des preuves d'amendement.

([1]) Theureau, *Les casiers judiciaires et un projet de casiers civils*, p. 109.

M. Leveillé oublie que lui-même reconnaît au casier judiciaire le caractère d'une peine accessoire, puisqu'il l'assimile à l'affichage de l'art. 36, qui présente évidemment ce caractère. Dès lors, il est bien difficile d'admettre en notre matière l'arbitraire des tribunaux, puisque les peines accessoires sont encourues par le seul fait de la condamnation, sans nouvelle intervention du juge. Il est également impossible de méconnaître ici, en limitant la durée de l'inscription au casier et en donnant *de plano* au chef de l'Etat le droit d'exercer son pouvoir de grâce, le véritable caractère des peines accessoires, qui sont en général perpétuelles, réfractaires à la prescription et à la grâce.

Pour nous, qui rejetons le principe même posé par M. Leveillé, les conséquences qu'il en tire sont à plus forte raison inadmissibles. Nous nous en tiendrons donc, relativement à la nature du casier judiciaire, à la définition classique et nous considérerons le casier, d'après son origine et son objet, « comme un mode de renseignements sur les individus, créé dans l'intérêt des tiers et de la société ».

Le moment est venu d'analyser les dispositions de la loi qui a récemment consacré en la refondant entièrement cette institution que nous venons de voir si discutée. Mais avant d'aborder les détails, il est indispensable de donner un aperçu d'ensemble qui permette de se rendre compte de l'économie générale du système nouveau.

La loi du 5 août 1899 confirme à peu de chose près l'ensemble des règles relatives à l'organisation matérielle des casiers et au bulletin n° 1, mais elle réalise une première innovation capitale relativement à l'extrait du casier judiciaire, au bulletin de renseignements. Ce bulletin de renseignements

sous le régime des circulaires était d'un type unique. C'était le bulletin dit n° 2 ; désormais, à côté de ce bulletin n° 2, il y aura un bulletin n° 3. Le premier sera exclusivement réservé à certaines autorités et aux administrations publiques de l'Etat ; le second sera délivré aux particuliers qui pourront ainsi continuer à jouir des avantages dont les aurait inutilement privés la suppression pure et simple de la délivrance d'extraits.

Le bulletin n° 2 sera la reproduction exacte du bulletin n° 1 ; il correspondra donc à l'ancien bulletin de renseignements connu sous la même dénomination.

Le bulletin n° 3 ne mentionnera que les décisions vraiment susceptibles d'éclairer les intéressés sur la valeur morale d'un individu. On distinguera à ce point de vue trois classes de condamnations : une première classe ne devant jamais être relevée, une seconde ne devant l'être qu'en cas de condamnation ultérieure, une troisième enfin, cessant de l'être après des délais variables. Dans tous les cas, sauf quelques exceptions, toute condamnation postérieurement encourue entraînera la reproduction exacte au bulletin n° 3 des bulletins n° 1. Il faut d'ailleurs bien observer que les dispenses d'inscription que nous venons de signaler s'appliquent exclusivement au bulletin n° 3. Ce n'est que par un laps de temps plus étendu que les bulletins n° 1 eux-mêmes se périmeront et que le condamné bénéficiera d'une mesure de faveur que la loi désigne sous le nom de réhabilitation de droit.

En résumé, si l'on veut synthétiser dans une brève formule l'ensemble des réformes essentielles réalisées par la loi du 5 août 1899, on peut dire que son but étant de mettre le casier judiciaire en harmonie avec les institutions qui préparent le

relèvement des condamnés, elle l'a réalisé par la création d'un système progressif de dispenses d'inscriptions au bulletin de renseignements privé, par une véritable application à notre matière du principe de la libération conditionnelle complété par l'organisation d'une réhabilitation sans frais, sans enquêtes ni formalités.

Nous avons déjà vu que le projet primitif de la loi du 5 août 1899, œuvre d'une commission extra-parlementaire, déposé le 22 octobre 1891 sur le bureau du Sénat, fut renvoyé au Conseil d'Etat. Il fut dans cette assemblée l'objet de longues délibérations clôturées par un rapport de M. Jacquin, conseiller d'Etat. Une commission parlementaire composée de MM. Jules Cazot, président; Morellet, secrétaire; Léopold Thézard, Mazeau, Ranc, Bérenger, et Jules Godin fut chargée de l'examiner. M. Godin déposa un rapport le 10 mars 1898. A la suite d'une première délibération, les 8 juillet, 8 et 9 décembre 1898, le Sénat, après une deuxième délibération, adopta le projet le 7 mars 1899. Présentée à la Chambre des députés, le 30 mars 1899, par M. Georges Lebret, garde des sceaux, la loi, après un rapport de M. Bovier-Lapierre, déposé le 21 juin 1899, fut adoptée sans discussion, le 3 juillet 1899. Promulguée dans le délai légal, elle a été suivie d'un règlement d'administration publique, en date du 12 décembre 1899, qui détermine les mesures nécessaires à son exécution [1].

[1] La loi du 5 août 1899 a un effet rétroactif. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à ce sujet. Mais de ce que cette loi a un caractère rétroactif il ne faudrait pas conclure qu'elle abolit sans exception toutes les prescriptions antérieures de la chancellerie sur le casier judiciaire. Le fonctionnement du casier judiciaire restera donc réglé par les prescriptions d'ordre administratif qui l'avaient organisé, chaque fois que ces prescriptions ne seront pas en désaccord avec le texte de la loi du 5 août 1899, ou du règlement d'administration publique du 12 décembre 1899 élaboré en exécution de l'art. 13 de la loi.

CHAPITRE II

DE L'ORGANISATION DU CASIER JUDICIAIRE

SECTION PREMIÈRE

DE LA PUBLICITÉ DU CASIER JUDICIAIRE

C'est dans le rôle néfaste, préjudiciable au reclassement des libérés que faisait, d'après certains criminalistes, jouer au casier judiciaire son caractère de publicité à peu près absolue qu'il faut chercher la principale cause déterminante du mouvement d'opinion qui a engendré la loi du 5 août 1899. La commission extra-parlementaire, le Conseil d'Etat, le Parlement enfin ont longuement discuté les divers systèmes qui furent développés dans leur sein sur cette question capitale. Avant d'étudier la solution à laquelle ont abouti leurs efforts combinés, il ne sera pas inutile d'exposer les arguments invoqués par les partisans de chacune des deux théories opposées, clandestinité ou bien au contraire publicité du casier.

Mais nous ferons observer, dès maintenant, que des deux faces que présente la question de la publicité du casier judiciaire, publicité par communication aux tiers, publicité par communication aux seuls intéressés, la seconde seule reste à envisager aujourd'hui par suite des circulaires de la Chancellerie, en date des 14 août 6 décembre 1876 et 4 dé-

cembre 1884 portant interdiction formelle de délivrer des bulletins n° 2 à des particuliers autres que l'intéressé lui-même. Ces mesures, justifiées par les abus que provoquait la tolérance imprudente de la circulaire du 30 décembre 1850, reçurent une approbation unanime. Mais le débat, pour être ainsi plus restreint, mieux délimité, n'en resta pas moins très animé.

Voici les arguments qui, d'après les adversaires de la publicité, militent en faveur de la clandestinité absolue des casiers.

Le caractère initial des casiers, celui que ses fondateurs eux-mêmes lui ont donné, était, prétendent-ils, d'être réservés à la justice comme les sommiers de la préfecture de police qu'ils étaient destinés à remplacer. Mais on avait compté sans les manœuvres des administrations, des particuliers, de tous ceux en un mot qui peuvent avoir un intérêt quelconque à connaître les antécédents des individus qu'ils emploient. De tous côtés, les demandes de renseignements affluèrent; et comme la communication des bulletins n° 1 n'était nulle part interdite, n'était même pas prévue, les renseignements parurent devoir être accordés. Dès lors l'institution, comme le dit M. Bérenger qui a longuement développé cette idée devant le Parlement, fut déviée de son but. Elle devait assurer la répression de la récidive; la proportionnalité des peines, en éclairant les juges sur le passé de leurs justiciables. On en fit l'instrument de toutes les diffamations, de tous les chantages, et ces abus furent, en quelque sorte, légitimés par une circulaire imprudente qui vint déclarer nettement que toute personne pouvait réclamer le casier judiciaire d'autrui.

Bien loin de mettre fin à cette situation déplorable, les circulaires de M. Dufaure, en 1876, ne firent que la confirmer, puisqu'elles se bornaient à défendre la communication aux tiers, laissant subsister la règle de la délivrance à l'individu intéressé lui-même. Le procédé était changé, le résultat restait identique, car les patrons tournèrent la difficulté en s'adressant désormais au titulaire du casier au lieu de transmettre directement leur demande au procureur de la République. Ce fut désormais, comme le dit M. Leveillé, une « publicité oblique », mais ce fut toujours la publicité. Et les adversaires de cette dernière rapportent des faits qui démontrent d'une façon saisissante les conséquences odieuses qu'elle entraîne. Telle l'histoire lamentable que racontait au Sénat, dans la séance du jeudi 8 décembre 1898, l'honorable M. Bérenger, le principal apôtre de la clandestinité. « Il y a plus de trente ans, lui écrit un de ses correspondants, j'avais seize ans, un jour d'élections, dans notre petit village, mon pauvre père, qui était libéral, eut une discussion avec le maire. J'intervins et, au cours de la querelle, j'eus le tort d'insulter le maire. Arrêté, on me conduisit au chef-lieu et je fus condamné à quinze jours de prison. A dix-huit ans, j'étais bachelier ès-lettres et ès-sciences. Je m'engageai. Je devins maréchal des logis chef et j'étais à Saumur depuis vingt mois prêt à passer sous-lieutenant avec le n° 5 ou 6, lorsqu'une lettre anonyme signalant le malheur qui m'avait frappé me fit renvoyer, brisant ainsi mon avenir et ma vie. Mon pauvre père et ma pauvre mère en moururent de chagrin. Seul dès lors, je partis sans dire où j'allais. Je trouvai à me caser dans un magasin de Lille comme comptable. J'y étais depuis dix-sept ans gagnant alors 6,000 francs par an. Un jour, un homme

de mon village y entra par hasard et me reconnut. Je lui fis bon accueil et je le suppliai de ne parler à personne de cette rencontre. Un mois après, je fus appelé par mon patron, un homme bon et humain. Il me fit voir un journal signalant sa maison comme ayant à son service un repris de justice dangereux. On m'invita à faire venir mon casier judiciaire. Je baissai la tête et dus partir sans certificat. Depuis, j'ai, il y a longtemps, épuisé mes économies qui s'élevaient à 16.000 fr. Partout où je me suis présenté on me demandait mon casier judiciaire. J'ai fait tous les métiers honnêtes, j'ai travaillé la terre, j'ai fait le bûcheron, et un jour que j'étais contre-maître dans une forêt en exploitation, l'entrepreneur ayant demandé mon inscription sur les listes électorales, le maire écrivit chez moi. Son collègue, toujours le même, répondit ceci : « Dites-lui de vous fournir son casier judiciaire ». Je fus congédié et je dus fuir avec honte. Je suis pourtant un parfait honnête homme, n'ayant jamais fait tort d'un centime à personne ».

Ces tristes exemples, déclare M. Bérenger, ne sont pas isolés, ils étaient du reste à prévoir ; car on ne met pas impunément au service des intérêts privés, on ne livre pas sans danger à la curiosité publique une institution qui touche d'aussi près à l'honneur, à l'état des citoyens. Le casier judiciaire ouvert aux particuliers, c'est la diffamation permanente, à la portée de tous : il est inadmissible que l'on exige d'un homme la preuve de son infamie.

Et cependant, c'est là ce qui se pratique tous les jours, grâce à l'aveuglement des pouvoirs publics qui ont cru devoir dévoiler des documents que leur nature destinait à rester secrets. L'Etat ici encore est sorti de son rôle. En créant un dépôt de renseignements dont l'utilité, la nécessité au

point de vue spécial de l'administration de la justice, étaient incontestables, il n'avait fait qu'user de son droit : cela rentrait dans la mission qui lui incombe de rechercher les moyens les plus propres à assurer l'exacte application des lois. Mais en délivrant des extraits du casier judiciaire, il est intervenu « dans des relations entre employeurs et employés qui, par leur nature, appartiennent à la vie privée » ([1]). Il a commis une indiscrétion funeste, une usurpation de pouvoir et s'est transformé en une véritable agence de renseignements, agence que l'on pourrait presque qualifier de véreuse si l'on observe combien les données fournies par le casier judiciaire sont loin d'avoir la valeur qu'on leur attribue, que leur vaut l'estampille de l'Etat. « Le casier judiciaire, dit en effet M. Courcelles-Seneuil, constate simplement un fait matériel, la condamnation. Admettons qu'une présomption tirée de ce fait puisse être fondée; mais elle peut souvent, très souvent même, ne pas l'être. L'autorité de la chose jugée est une nécessité sociale qu'il faut accepter. Mais les juges peuvent s'être trompés de bien des manières, et en tous cas, ils n'ont jugé qu'un acte isolé et non la moralité du condamné » ([2]).

Il ne faut pas d'ailleurs, poursuivent les partisans de la clandestinité, s'exagérer les services que le casier est susceptible de rendre aux particuliers, aux patrons, par exemple. Ces derniers ont trouvé son usage commode parce qu'il leur permettait d'échapper à la nécessité de se procurer eux-mêmes des renseignements : désormais, en effet, ils imposent à tout

([1]) Compte rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, p. 693, année 1892.

([2]) Compte rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, p. 694, année 1892.

candidat l'obligation de les fournir en leur présentant un bulletin n° 2 qui, à leur sens, contient des éclaircissements amplement suffisants. Ils ne jugeront plus leurs futurs employés sur l'ensemble de leurs actes, sur leur conduite générale jusqu'au jour où ils cherchent à entrer à leur service; il se borneront à consulter l'extrait du casier judiciaire, « un papier qui en réalité ne dit rien parce qu'il dit tout et qu'on ne cherche pas au delà ». Il faut bien croire cependant qu'avant 1850, en France, les particuliers n'étaient pas pris au dépourvu, et qu'aujourd'hui encore, dans les pays qui n'ont pas d'institution analogue à notre casier, ils se renseignent sur la valeur des individus avec lesquels ils entrent en relations, ou qu'ils se décident à prendre à leur service. N'ont-ils pas la ressource des investigations auxquelles ils procéderont eux-mêmes, et qui leur donneront de la capacité et de la moralité d'un homme une notion bien plus exacte que ne saurait le faire un bulletin n° 2? C'est à cette enquête personnelle qu'il faut en revenir chez nous. Et la société, les honnêtes gens, bien loin d'être désarmés et de voir leur sécurité compromise, gagneront à la suppression des extraits d'échapper désormais à la tentation de se contenter de renseignements tronqués, incomplets, qui les exposaient tantôt à accorder leur confiance à des individus que la virginité de leur casier n'empêchait pas d'être profondément pervertis, tantôt à porter sur des malheureux affligés d'une condamnation minime, parfois même imméritée, un jugement téméraire.

Nous venons de parler de condamnation minime. Mais avec le casier judiciaire tel qu'il fonctionne actuellement, il n'y a, disent les adversaires de la publicité, quelle que soit la faute, quel que soit le coupable, que des châtiments impi-

toyables et disproportionnés. La communication des mentions portées au bulletin n° 1 étant toujours possible, tout condamné vit sous la perpétuelle menace d'être effectivement obligé de demander cette communication pour obtenir un emploi, demander une faveur. Et dès lors, à la condamnation prononcée vient s'ajouter une aggravation de peine bien plus terrible que cette condamnation elle même. « C'est, dit M. le sénateur Bérenger, dans la séance du jeudi 8 décembre 1898 au Sénat, la marque, une marque bien plus cruelle que celle qui se faisait au fer rouge sur l'épaule, car celle-là au moins se cachait sous l'habit, tandis que celle dont je parle il faut la produire, et c'est celui-là même qui voudrait la cacher qui doit la produire ou renoncer à tout espoir ». Il y a là une peine supplémentaire d'une durée illimitée qui frappe le condamné à l'expiration du châtiment prononcé par la sentence, et cela sans une faute nouvelle, en l'absence de tout jugement sans texte de loi, par application des circulaires qu'un usage abusif a détournées de leur sens primitif.

De telle sorte que l'institution des casiers judiciaires, qui, dans l'esprit de ses promoteurs, devait constituer un puissant facteur de moralisation sociale, une arme précieuse contre les progrès de la récidive, devient précisément l'une des causes principales de l'accroissement de cette dernière, grâce à la situation intolérable dans laquelle la délivrance des extraits plonge les libérés. Ceux-ci, lorsqu'ils sortent de prison, sont le plus souvent sans ressources et beaucoup n'ont pas de famille qui puisse les accueillir et leur porter secours les premiers jours, tandis qu'ils cherchent du travail. Il leur faut donc, sous peine de mourir de faim ou d'être réduits à la mendicité, trouver, dans le plus bref délai, un

emploi quelconque. Mais cet emploi, déclarent les partisans de la clandestinité du casier, on ne le leur accordera que sur la production d'un extrait de leur casier judiciaire qu'ils ne pourraient présenter sans dévoiler du même coup leur faute et leur déshonneur. Directeurs de compagnies, chefs d'ateliers, de maisons de commerce, d'usines, tous les patrons en général sont unanimes à exiger un extrait du casier judiciaire de tout candidat. Cette formalité est nécessaire même pour l'obtention des emplois les plus infimes, tels que ceux de vidangeurs ou de balayeurs de la ville de Paris. Et quelle que soit la condamnation qui est relevée, n'entacherait-elle en rien la probité, elle devient une cause d'exclusion impitoyable, ce qui fait, dit l'honorable M. Bérenger, que « cette impossibilité de trouver du travail équivaut, pour le libéré, à une incapacité de travail, c'est-à-dire à une véritable impossibilité de vivre » (1). Dès lors, il ne lui reste plus que deux issues : mourir, ou commettre un nouveau délit qui lui donnera les moyens de vivre quelque temps dans l'oisiveté ou, au pis aller, le ramènera de nouveau dans la prison, où du moins il était à l'abri de la faim et des intempéries. Et c'est ainsi que le crime devient un moyen d'existence régulier pour une foule d'individus qui fussent revenus au bien si, après une première faute, ils n'avaient été victimes de cet ostracisme qui bannit les libérés du monde du travail et les condamne à la récidive.

Tels sont, fidèlement reproduits, les griefs qu'invoquent contre la publicité du casier judiciaire les partisans de la clandestinité. Ce système a trouvé dans la commission extra-

(1) Séance du jeudi 8 décembre 1898 au Sénat.

parlementaire des défenseurs éloquents : MM. Dumas, Herbette, Bérenger. Ce dernier, en particulier, n'a négligé aucune occasion de signaler, soit aux sociétés savantes, soit au parlement, le rôle funeste qu'il attribuait au casier judiciaire, et l'on peut lui attribuer pour une grosse part l'honneur de la réforme qui vient d'être réalisée. Mais, en dépit des raisons qui sont fournies à l'appui de la théorie de la clandestinité absolue, en dépit de la haute autorité de ses défenseurs, nous sommes trop convaincu de l'utilité que présente le casier judiciaire, même au point de vue des intérêts privés, pour nous résoudre à refuser désormais aux particuliers le service qu'il est susceptible de leur rendre. Et nous nous rallions au second système, celui de la publicité du casier judiciaire, qui peut revendiquer en sa faveur des arguments dont la force ne le cède en rien à ceux que nous développions tout à l'heure à l'appui de la thèse opposée.

Et d'abord les adversaires de la publicité ne sont pas fondés à prétendre que le casier judiciaire, dans l'esprit de ses fondateurs, devait être une institution fermée aux particuliers, exclusivement réservée à la justice. A leur dire, ce ne serait que par une sorte d'abus que des extraits auraient fini par être délivrés aux tiers et que la clandestinité primitive aurait disparu. Il suffit, pour réduire à néant ces assertions, de se reporter au discours célèbre dans lequel M. Bonneville de Marsangy posait pour la première fois, en 1848, le principe de l'institution. Déplorant la facilité avec laquelle un homme judiciairement flétri pouvait, en se dépaysant, se soustraire à la légitime réprobation qui devait le frapper jusqu'à ce qu'un repentir prolongé l'eût relevé de sa faute, il s'écriait : « Admettez, comme il arrive si souvent, qu'il ait pu, sous la

livrée du serviteur, sous la blouse de l'ouvrier ou à tout autre titre, pénétrer dans l'intimité d'une honnête famille; quel remède apporter aux méfaits nouveaux dont il aura ainsi trouvé l'occasion ou à l'abus abominable qu'il aura pu faire de cette confiance usurpée? Si vous voulez ne pas étouffer dans le cœur des citoyens ces généreux élans d'estime et de confiance mutuelles, si naturels, si nécessaires sous le règne de la fraternité démocratique, ne faut-il pas au moins que la haute prévoyance de la société fournisse soit au pouvoir lui-même, soit aux citoyens, une sérieuse sauvegarde contre les criminelles menaces de la ruse et de l'hypocrisie » ([1])? Ces paroles n'indiquent-elles pas clairement que, dans la pensée de l'éminent magistrat, le casier judiciaire était destiné à renseigner les particuliers aussi bien que les pouvoirs publics. Et cette idée lui était même tellement chère qu'il cite, à l'appui de son opinion, des faits qui démontrent sa connaissance parfaite des maux que son œuvre était appelée à guérir. Nous reproduisons une seule de ses anecdotes, particulièrement curieuse et suggestive : « D'honnêtes cultivateurs du département de la Marne consentent, sur la foi des renseignements provenant du lieu de la naissance, à donner leur fille unique à un ouvrier domicilié depuis deux ans dans la commune et dont la conduite paraissait exemplaire; le mariage est conclu et bientôt après le gendre est arrêté par la gendarmerie. C'était un réclusionnaire évadé ». Pourquoi donc l'Etat, par un égoïsme inqualifiable, garderait-il pour lui ces documents qui peuvent éviter aux particuliers des erreurs douloureuses, parfois même épargner des crimes nouveaux? Dans les circu-

([1]) Bonneville de Marsangy, *De la localisation des renseignements judiciaires au greffe de l'arrondissement natal*, p. 57.

laires qui ont organisé le casier judiciaire, cette volonté de faire bénéficier la masse des citoyens des bienfaits de cette institution n'apparaît pas moins clairement. La circulaire du 6 novembre 1850 nous dit « que le visa du procureur de la République sera toujours nécessaire pour la délivrance des extraits à d'autres qu'aux magistrats de l'ordre judiciaire et cela, ajoute-t-elle, parce que les bulletins recueillis au casier judiciaire ne sont en effet, pour la plupart, que des extraits des procédures criminelles et qu'il appartient au ministère public d'examiner dans quels cas ils peuvent, sans inconvénients, être livrés à la publicité ». Un détail aussi spécial ferait-il l'objet d'une pareille attention de la part du garde des sceaux, si la délivrance des extraits n'était considérée comme une des conséquences naturelles du fonctionnement régulier des casiers? « Combien aussi de simples particuliers, poursuit la circulaire, ne tiendront-ils pas à recourir à cette salutaire précaution avant de conclure une affaire importante de famille ou d'argent pour s'éviter les regrets si amers qui les menacent aujourd'hui, faute de pouvoir se renseigner légalement sur les antécédents de celui avec lequel ils contractent »? La même idée est reproduite avec des termes dont la netteté ne laisse aucune place à l'équivoque, dans la circulaire du 30 décembre 1850, où le garde des sceaux, M. Rouhier, s'expliquant sur une question posée par les procureurs généraux, déclare : « Ma pensée est que la publicité doit être la règle ».

Le pouvoir commettait-il une faute en posant ainsi le principe de la publicité du casier judiciaire? Sortait-il de son rôle en intervenant dans les rapports entre les particuliers et n'aurait-il pas mieux valu qu'il respectât cette neutralité abso-

lue dont lui font un devoir certaines écoles économiques? Il est bien difficile d'admettre une objection de cette nature, surtout en présence des progrès incessants des théories sociales qui préconisent aujourd'hui l'intervention de l'Etat dans toutes les manifestations de l'activité humaine, qu'elles mettent en jeu des intérêts publics ou simplement des intérêts privés. Pourquoi, en effet, réprouverait-on à propos du casier judiciaire une pratique que l'on admet parfaitement lorsqu'il s'agit d'hypothèques ou d'actes de l'état civil? L'Etat, renseigne par les registres hypothécaires sur le crédit des individus, par les registres de l'état civil sur leur filiation, leur état, pourquoi ne pourrait-il pas, faisant un pas de plus, compléter son œuvre, en donnant de leur moralité une notion, simplement approximative peut-être, mais qu'il sera toujours loisible de compléter par une enquête personnelle? Ce dernier moyen, en effet, viendra contrôler de la manière la plus heureuse les renseignements fournis par le casier, en permettant de les apprécier à leur juste valeur. Bien loin donc de se dispenser désormais de son emploi, il faudra, dans tous les cas, y avoir recours quelles que soient les mentions relatées sur ces bulletins n°s 2 qui ne constituent pas une base d'appréciation suffisante pour un esprit vraiment soucieux de juger sainement un homme. Mais qu'on ne propose pas de nous réduire de nouveau à cette unique ressource qui avait déjà, avant 1850, donné la mesure de son insuffisance. Une pareille prétention serait aussi insensée que le serait celle de contraindre l'humanité à renoncer à toutes les conquêtes réalisées par la science dans les sphères intellectuelles, industrielles, économiques sous le fallacieux prétexte que ces conquêtes étaient ignorées de nos ancêtres, qui n'en étaient

pas moins satisfaits de leur sort. Avant l'organisation du casier judiciaire, les intéressés se renseignaient sur le compte des individus; aujourd'hui encore, dans les pays étrangers qui n'ont pas adopté notre casier, la société n'est pas absolument désarmée et les particuliers savent remédier à cette lacune en procédant eux-mêmes à des investigations qui, le plus souvent, les éclairent d'une façon suffisante. Ce sont là des faits que nous ne songeons pas à nier. Mais du moment que l'ingéniosité d'un magistrat distingué et l'heureuse initiative d'un ministre ont doté la France d'une institution destinée précisément à effectuer à l'avance, pour ainsi dire au fur et à mesure de la vie de l'individu que nous voulons juger, une partie des recherches auxquelles nous devrons procéder dans ce but, les partisans de la clandestinité du casier judiciaire ont tort de vouloir nous priver de ce moyen de renseignements qui constituera pour notre enquête personnelle une base, un point de départ précieux. Et au nom de quel intérêt supérieur veulent-ils réaliser cette spoliation? Au nom de l'avenir des libérés, de leur reclassement qu'ils prétendent compromis par la publicité du casier. Mais quelque respectable que soit cet intérêt, faudra-t-il donc lui sacrifier celui des patrons, faudra-t-il compromettre pour sa sauvegarde la sécurité et la morale publiques? Du jour où l'on refusera aux chefs de certains ateliers, de certaines exploitations, de certains établissements cet extrait du casier judiciaire qui leur permet de constater rapidement qu'un candidat n'est ni un assassin, ni un voleur, n'a pas en un mot subi de condamnation entachant sa moralité, sa probité, ils seront exposés aux plus funestes erreurs. L'on verra un individu mainte fois condamné pour escroquerie obtenir une place de

garçon de recettes; un cambrioleur choisi comme gardien d'un château isolé qu'il s'empressera de dévaliser. Et souvent, à côté de ces intérêts privés ainsi compromis, l'intérêt général lui-même souffrira. Les directeurs d'une institution, par exemple, introduiront dans le sein d'une agglomération de jeunes gens et de jeunes filles un inverti criminel ou une proxénète plusieurs fois condamnée pour excitation de mineurs à la débauche. Dans une usine remplie d'ouvriers, on confiera à un individu déjà condamné pour homicide par imprudence, la surveillance d'un groupe de machines que la moindre négligence peut transformer en un terrible agent de destruction. Il est inconcevable, en vérité, que l'on puisse un instant mettre en balance l'intérêt de l'homme honnête confondu avec l'intérêt public et l'intérêt de ces libérés qui ont, en définitive, une faute à expier. Et d'ailleurs, s'imagine-t-on que cet intérêt va être sauvegardé d'une manière efficace, absolue, par le seul fait que la production d'un extrait du casier judiciaire ne pourra plus être exigée par les patrons ? Ces derniers n'interrogeront-ils pas le candidat : ne prendront-ils pas soin de se livrer à une information supplémentaire à la moindre hésitation que trahira la réponse, d'ailleurs sujette à vérification ? Et alors, comme le dit M. Jacquin dans son rapport au Conseil d'Etat : « Si l'on veut que le casier reste interdit au public, c'est que l'on entend que le passé judiciaire ne sera point révélé : c'est dire au demandeur d'emploi qu'il doit nier les condamnations qu'il a pu encourir. La clandestinité, c'est l'excitation au mensonge par la loi elle-même ».

Et d'ailleurs, n'y a-t il pas une cause pour le moins aussi sacrée que celle du relèvement des condamnés et dont paraissent vraiment trop peu se préoccuper les adeptes de la clan-

destinité du casier judiciaire? Soucieux avant tout de faire le silence, l'oubli autour des fautes de leurs protégés, ils ne remarquent pas combien il peut être préjudiciable aux travailleurs qui n'ont jamais succombé, de voir ainsi replacer à leur niveau, au milieu d'eux, que dis-je, presque au-dessus d'eux, des criminels qu'ils ont eu le mérite de ne pas imiter et qu'ils vont voir se transformer en concurrents redoutables. Rares sont les philanthropes qui se préoccupent de trouver du travail pour les ouvriers honnêtes. Ils réservent toutes leurs sollicitudes pour ceux qu'une ou plusieurs fautes ont désignés à leur attention compatissante. Et cependant ne devraient-ils pas comprendre « que tout puissant que soit pour la société l'intérêt qui s'attache à l'amendement des coupables, il ne saurait être poursuivi par des moyens de nature à porter préjudice aux travailleurs qui n'ont jamais cessé d'être honnêtes et à la protection desquels la société est intéressée à un plus haut degré encore » (1) ? Est-il donc nécessaire de faire aux malfaiteurs une situation identique à celle des gens irréprochables? C'est cependant ce qui va se produire si l'on supprime la communication des extraits du casier judiciaire aux particuliers. A peine sorti de prison, le criminel le plus endurci, celui-là même dont on ne peut espérer l'amendement, le repentir, se retrouvera dans la même situation qu'avant sa condamnation. Cette dernière, en effet, si l'on excepte un petit nombre de personnes (magistrats, officiers de police, victimes et témoins du délit), sera ignorée de tous grâce au mutisme du casier chargé de la constater. Et dès lors, servis quelquefois par le hasard, le plus souvent par des manœuvres déloyales, le forçat dan-

(1) Rapport Jacquin sur le casier judiciaire au conseil d'Etat.

gereux, le récidiviste obtiendront, au détriment d'un honnête homme, dont c'était peut-être l'unique ressource, un emploi qui leur permettra de commettre de nouveaux forfaits. C'est l'affaire des sociétés de patronage de veiller à ce que les libérés trouvent dans le plus bref délai le travail qui les régénèrera. Mais laissons à celui qui n'a jamais failli la faculté de se procurer la preuve de son honorabilité en réclamant un extrait de son casier judiciaire, véritable certificat qui partout où il le présentera lui assurera une supériorité méritée.

Il est d'ailleurs à remarquer que les sociétés de patronage ne sont pas unanimes à réclamer la clandestinité du casier judiciaire. Certaines, au contraire, voient dans cette clandestinité la ruine de leurs espérances ou tout au moins une difficulté, un obstacle de plus. Que se passe-t-il, en effet, lorsqu'on cherche à faire entrer un libéré dans une maison quelconque en qualité d'ouvrier? Bien loin de dissimuler en rien sa conduite, la faute qu'il a commise, on la dévoile au grand jour en l'accompagnant de tous les renseignements qui peuvent faire espérer l'amendement du coupable, de l'indication de tous les symptômes qui annoncent un prochain retour au bien. Et l'extrait du casier judiciaire vient corroborer ces allégations, véritable estampille officielle qui garantit au patron charitable la somme des qualités, diminuée, hélas! des tares avouées, que la société de patronage attribue à son protégé! Supprimez cet extrait, et du même coup vous jetez les sociétés dans le plus cruel embarras, en leur enlevant l'unique moyen qui leur permette de vaincre la défiance des patrons qui, par un sentiment fort naturel, sont toujours portés à craindre que dans l'intérêt des libérés certaines condamnations aient été tenues secrètes. Nous savons bien

que ce sont là des appréhensions sans fondement, les sociétés de patronage ayant à un trop haut degré le sentiment de leur responsabilité pour se livrer à de pareilles manœuvres. La sincérité est pour elles le premier des devoirs et ce devoir, d'ailleurs, se trouve d'accord avec les intérêts de l'œuvre qu'elles ont entreprise et que compromettrait sans retour la moindre dissimulation. Mais les patrons, en général, s'arrêtent peu à ces considérations, et rien ne remplacera pour eux les renseignements sûrs, précis, rapides que leur donne le casier judiciaire.

D'ailleurs, si, le plus souvent, les patrons auxquels on propose des libérés réclament un extrait de leur casier, précaution bien légitime qu'explique la situation spéciale des candidats, il est fort rare qu'en dehors de ce cas particulier, cette formalité soit exigée. Et l'on croit rêver, en vérité, lorsqu'on lit ces anecdotes qui pullulent dans les comptes-rendus des sociétés savantes, de certaines sociétés de patronage, et qui nous montrent l'infortuné qui a purgé sa peine, en proie à l'éternelle nécessité de produire partout ce bulletin infamant qui rappelle ce regard implacable de la conscience que Victor-Hugo, dans des vers immortels, nous montre poursuivant Caïn jusqu'au sein du tombeau. La vérité est que, seules, les administrations publiques, les grandes compagnies des chemins de fer, tramways, mines, auxquelles on peut joindre quelques rares entreprises privées exigent la production d'un extrait négatif du casier judiciaire. Combien d'usiniers, de chefs d'atelier qui, avant d'embaucher une recrue, se contentent de mettre à l'épreuve son habileté professionnelle sans s'inquiéter de sa moralité, ni à plus forte raison de la netteté de son casier ! Comment, par exemple,

poser une pareille condition à ces « compagnons » qui, leur apprentissage fini, accomplissent leur tour de France et, ne faisant qu'un court séjour dans chaque localité, participent du chemineau autant que de l'ouvrier? Et d'ailleurs ne resterait-il pas au libéré la ressource d'aller chercher dans les exploitations agricoles ce travail qui, au dire de certains, lui serait refusé dans le commerce et l'industrie? L'agriculture manque de bras : c'est là un fait difficilement contestable; et les propriétaires, les fermiers n'ont garde de refuser, sous prétexte qu'ils ne produisent pas un extrait de ce casier judiciaire dont beaucoup ne soupçonnent même pas l'existence, les travailleurs qui viennent solliciter un emploi. Du reste, quelques chiffres suffisent pour nous montrer combien sont exagérées les assertions de nos adversaires. Voici le nombre des bulletins n° 2 délivrés aux particuliers dans les quelques années qui ont immédiatement suivi la campagne acharnée menée contre le casier judiciaire : en 1892, 171,004; en 1893, 188,059; en 1894, 214,281. Comme il ne se trouvera probablement personne pour soutenir qu'on ne trouverait en France sur une population de 38 millions d'habitants environ que 200,000 à 250,000 travailleurs, de cette statistique il faut nécessairement conclure que la production d'un extrait du casier comme préliminaire obligé de tout contrat entre patrons et ouvriers, bien loin d'être la règle, n'est que l'exception.

Et ce point une fois acquis, que deviennent les déclamations de ces criminalistes compatissants qui dénoncent le casier judiciaire comme l'une des causes principales de la progression effrayante de la récidive? Comment cette institution pourrait-elle compromettre le reclassement des libérés, puisqu'elle

n'a, nous croyons l'avoir suffisamment démontré, qu'une influence insignifiante sur la répartition de ce travail qui les régénèrera et les fera rentrer dans les rangs des travailleurs laborieux et honnêtes? En réalité, c'est sur la constatation et non sur l'accroissement du nombre des récidives que le casier judiciaire, simple appareil enregistreur, a exercé une action puissante. Il est étranger à ce phénomène inquiétant qu'il ne fait que mettre en lumière, et dont les causes sont autrement profondes que ne veulent bien le dire les partisans de la clandestinité. Ces derniers, du reste, appartiennent pour la plupart à cette école qui recherche dans l'adoucissement indéfini de la peine un remède au mouvement ascensionnel de la criminalité, et qu'on peut rendre pour une grosse part responsable des tristes résultats relevés par les statistiques dans ces dernières années. Tous les rapports annuels sur l'administration de la justice criminelle en France constatent que la répression va s'affaiblissant à mesure que la récidive augmente. Tandis qu'en 1880 sur 74,000 récidivistes, 4,316 se voyaient condamner à une peine de un à cinq ans de prison, dès 1894 sur 104,645, il n'y en avait que 2,476. Il ne faut donc pas s'étonner qu'ayant ainsi énervé la répression, ces criminalistes, d'un optimisme vraiment par trop naïf, songent, fidèles à leur principe, à retirer aux honnêtes gens une précieuse sauvegarde contre les malfaiteurs d'habitude. Ne s'obstinent-ils pas à traiter avec indulgence, à flatter, pour ainsi dire, des tendances que seule une sévérité impitoyable pourrait réfréner, attribuant à l'excès de la répression les progrès de la récidive dont il faudrait chercher les causes véritables dans les défectuosités de notre organisation sociale, les dangers de notre régime péniten-

tiaire, l'impuissance des sociétés de patronage, l'abus enfin des courtes peines d'emprisonnement? Et c'est sur le casier judiciaire qu'il font retomber tout le poids de leurs critiques en l'accusant de réduire fatalement au crime les libérés, par la réprobation éternelle dont il les frappe et qui entraîne pour eux cette interdiction de travailler « cette impossibilité de vivre » dont parle M. Bérenger.

On nous fait un sinistre tableau de ce chômage désastreux que déplore l'honorable sénateur. Nous accorderons volontiers à ce dernier, qu'à leur sortie de prison, les condamnés travaillent rarement, que trop souvent il n'ont d'autre souci que de préparer la réalisation des plans criminels qu'ils ont mûris durant leur captivité. Mais M. Bérenger ne voit dans cette oisiveté dangereuse que la douloureuse situation d'un homme qui, malgré sa bonne volonté, son intention de travailler, se voit repoussé de partout, tandis qu'on peut aussi bien y voir, dans la plupart des cas, l'irrémédiable perversion d'un être qui ne sait plus se rendre utile. La plupart des libérés sont passés maîtres en l'art d'exploiter en leur faveur la charité inépuisable des membres des sociétés de patronage, de tous les philanthropes en général qui ne voient pas que si ces prétendus parias ne trouvent guère de travail, c'est parce qu'ils n'en cherchent pas. Ce n'est pas le casier judiciaire que l'on doit réformer, au risque de le dénaturer : il faut viser plus loin et plus haut, reconnaître que si les condamnés au sortir de la prison ne travaillent pas, ne cherchent pas à travailler, c'est parce qu'ils sont de nouveau jetés dans cette atmosphère de passions et de vices, dans ce milieu déprimant qui a peut-être amené leurs premières fautes. Et pour éviter les rechutes, il faut créer des institutions, des sociétés de pa-

tronage plus développées et plus puissantes que les sociétés actuelles, qui recueilleront le libéré, ne se borneront pas seulement à lui procurer du travail, ce qu'il pourrait faire tout seul s'il en avait la ferme volonté, mais se préoccuperont surtout de lui donner l'éducation morale qui lui manque. Ainsi, l'on remédiera dans la mesure du possible à cette désorganisation déplorable de la famille qui jette chaque année sur le pavé des grandes villes tant de malheureux qu'aucun principe ne vient soutenir dans la lutte contre le mal, tant de déclassés, de « déracinés » qui viennent grossir l'armée du vice et habiter périodiquement nos prisons.

Nous venons de voir qu'on ne peut raisonnablement attribuer au casier judiciaire une part quelconque de responsabilité dans la progression incessante de la récidive. Si d'ailleurs le développement de ce fléau était réellement une conséquence du fonctionnement des casiers, comment admettre que, depuis un demi-siècle, les pouvoirs publics ne se fussent pas émus de cette situation pour y porter remède en supprimant le casier ou du moins sa communication aux particuliers? Or, comme le dit M. Jacquin, dans son rapport au conseil d'Etat, exception faite de l'Ecole dont nous parlions tout à l'heure et dont M. Bérenger est le chef actuel « il n'existe pas un courant sérieux ni dans l'opinion, ni dans le parlement, contre la divulgation des antécédents à l'aide du casier judiciaire », puisque les demandes d'extraits émanés des intéressés augmentent sans cesse et que le parlement, lorsqu'il en a eu l'occasion, bien loin de condamner l'institution en se refusant à prévoir et à régler ses rapports avec les dispositions de certaines lois récentes, l'a au contraire consacrée en la visant expressément. C'est ainsi qu'au cours de la discussion de la

loi du 26 mai 1891, si l'honorable M. Bérenger a pu prononcer contre les inconvénients du casier judiciaire un réquisitoire très applaudi et qui n'a pas peu contribué à la nomination d'une commission extra-parlementaire chargée de préparer un projet de loi sur la matière, jamais l'existence des casiers judiciaires ni même le principe de sa publicité n'ont été compromis. Et la clandestinité était encore repoussée dans le rapport que M. Barthou présenta sur la même loi au nom de la Chambre des députés et dans lequel il s'exprimait de la façon suivante : « Préoccupée des inconvénients si graves auxquels donne naissance la pratique du casier judiciaire telle qu'elle fonctionne actuellement, la commission nous a donné, à l'unanimité, le mandat formel d'appeler l'attention de M. le Garde des sceaux sur la nécessité de hâter les travaux de la commission spéciale qu'il a instituée et de déposer un projet de loi dont la base serait la distinction entre les condamnations, les unes devant figurer sur l'extrait délivré aux parties, les autres ne devant en aucun cas y être inscrites ». Il ne faut donc pas s'étonner que le maintien de la délivrance d'extraits aux particuliers ait fini par triompher au sein de cette commission extra-parlementaire chargée d'élaborer un projet dont nous venons de voir l'urgence signalée par M. Barthou. Cette assemblée, après avoir retourné la question sous toutes ses faces, finit par rejeter la proposition radicale des partisans de la clandestinité absolue dont MM. Cazot et Bérenger étaient les champions principaux. Mais ne voulant pas davantage consacrer la pratique ancienne, elle se rallia à une solution qui concilie de la manière la plus heureuse les deux opinions extrêmes.

Tout en reconnaissant, en effet, les inconvénients qu'entraî-

nait sous le régime des circulaires la publicité vraiment exagérée, quoiqu'elle fût indirecte, du casier judiciaire, elle refusa de voir dans cette publicité une imperfection irrémédiable, et, au lieu de décider sa suppression pure et simple, préféra la limiter. Et dans ce but elle imagina le système suivant. Le bulletin de renseignements serait dédoublé, il y aurait désormais deux sortes d'extraits du casier judiciaire : l'un qui resterait conforme au modèle antérieur, conserverait le nom de bulletin n° 2 et serait délivré à certains magistrats, aux administrations publiques de l'Etat; l'autre qui est destiné aux particuliers serait, sous le nom de bulletin n° 3, rédigé suivant des distinctions qui permettraient d'éviter, tout en conservant le principe fondamental, traditionnel de la communication aux intéressés, les conséquences fâcheuses qui résultaient jusque là de la divulgation intégrale des condamnations encourues.

Cette combinaison transactionnelle de la commission extraparlementaire a été, malgré son ingéniosité, l'objet des critiques les plus vives.

Et d'abord, disent ses détracteurs, puisque, jugeant dangereux de priver les particuliers des renseignements recueillis par le casier judiciaire, on se borne à faire un choix des condamnations qui devraient à l'exclusion des autres leur être divulguées, il est nécessaire de dresser à l'avance la liste de ces condamnations. Alors surgit une difficulté pratique presque insoluble; comment arriver à reconnaître les décisions dont la connaissance est vraiment indispensable au tiers? « Ce n'est, en effet, dit M. Jacquin dans son rapport au Conseil d'Etat, ni la qualification du fait délictueux, ni l'importance de la peine qui permettent de les déterminer, c'est le

plus souvent la nature même de l'emploi sollicité ». Il y a des condamnations très faibles que leur insignifiance préservera fatalement de la divulgation, mais qui dénotent des tendances, des instincts de nature à exclure un individu de certaines fonctions particulièrement délicates. On ne peut cependant se résoudre à confier à une autorité quelconque la mission d'examiner les innombrables espèces qui se présenteront dans l'avenir, pour décider s'il y a lieu ou non d'accorder la délivrance d'un extrait. Dès lors, les distinctions tentées étant purement arbitraires, il faudra s'en remettre au hasard du soin de décider de l'efficacité des renseignements que continuera à donner au public ce casier judiciaire tronqué, inexact et menteur.

Que décidera-t-on, d'ailleurs, au sujet de l'indication sur le bulletin lui-même des restrictions qu'il comportera désormais ? Faudra-t-il laisser les intéressés dans l'ignorance de ce détail capital ? En ce cas, l'Etat qui assure, sous sa responsabilité, moyennant salaire, la délivrance des extraits, qui doit par conséquent garantir, en quelque sorte, l'exactitude, la valeur de ces derniers, commettra une véritable indélicatesse. Si, au contraire, le bulletin porte d'une manière apparente, en tête par exemple, la marque de son caractère incomplet, il risque fort de perdre une bonne partie de son importance, de devenir une paperasse inutile, quoique coûteuse, qu'on arrivera bientôt à mépriser au grand détriment des nombreux intérêts qui réclament le maintien d'un casier sincère et vraiment efficace.

Du reste, poursuivent les adversaires du projet de la commission, c'est là un système qui ne « satisfait pas plus aux motifs invoqués pour justifier la publicité qu'aux objections

soulevées contre la publicité même, dans l'intérêt de l'amendement des libérés » ([1]). Pour ouvrir le casier judiciaire aux particuliers, on invoque l'intérêt des honnêtes gens. Mais croit-on que cet intérêt sera sauvegardé si la réforme proposée s'accomplit ? Les patrons pourraient-ils désormais juger un ouvrier d'après les renseignements recueillis sur l'extrait qu'il présentera ? Cet ouvrier lui-même ne perdra-t-il pas un moyen facile et sûr de prouver son honorabilité afin d'obtenir par là, pour ainsi dire au choix, la place convoitée? On lui répondra que ce bulletin vierge qu'il produit ne signifie rien du tout puisqu'il est expurgé, corrigé, disons le mot, sophistiqué. Pareille réponse sera faite à l'honnête homme qui, ému des doutes élevés sur sa moralité, sa probité, sa réputation enfin, voudra réduire au silence ses calomniateurs. Et tous, en définitive, souffriront de cette situation qui ne sera même pas une victoire pour les partisans de la clandestinité prêts à tout sacrifier à l'amendement des libérés, puisque ces derniers verront reproduire sur le bulletin n° 3, précisément les condamnations graves, pour vol, attentats aux mœurs par exemple, qui, en réalité, nuisaient seules jusqu'à ce jour à leur reclassement.

Avec un système aussi compliqué, les erreurs seront d'ailleurs fréquentes. « On s'effraie, dit M. Jacquin, de la besogne qui incombera aux greffiers chargés de répondre aux demandes d'extraits : on peut se poser sérieusement la question de savoir s'il leur sera véritablement possible de s'y reconnaître au milieu de toutes ces prescriptions si diverses de ces régimes si différents faits à tels et tels délits. Quand on songe au

([1]) Rapport Jacquin au Conseil d'Etat.

grand nombre de bulletins qui sont demandés, est-il possible d'admettre que, dans la pratique, un tel système puisse efficacement fonctionner »?

Telles sont les critiques que souleva dans le sein de la commission extra-parlementaire elle-même, puis au Conseil d'Etat, la dualité du bulletin de renseignements. Elles furent reprises devant la commission parlementaire chargée d'examiner le projet de loi et développées de nouveau par M. le garde des sceaux Sarrien à qui cette combinaison ingénieuse mais complexe parut quelque chose d'hybride et de peu compréhensible. Le garde des sceaux alla jusqu'à demander la suppression de l'art. 7 du projet visant précisément la composition du bulletin n° 3. Dans la séance de jeudi 8 décembre 1898 au Sénat, il s'efforça encore de réfuter les arguments invoqués en faveur de l'adoption du système des deux bulletins par l'éminent M. Bérenger, qui, partisan convaincu de la clandestinité absolue du casier judiciaire, déclarait, en désespoir de cause et faute de pouvoir obtenir cette mesure radicale, se rallier à la solution intermédiaire imaginée par la commission extra-parlementaire.

Quels reproches, en effet, adresse-t on à la conception originale qui, dans l'esprit de la majorité des membres de cette commission, devait donner à la fois satisfaction aux défenseurs et aux adversaires de la publicité ? On assure d'abord, qu'en nécessitant un classement des diverses condamnations, les unes devant figurer sur le bulletin n° 3, les autres en devant être exclues, elle aboutit à un arbitraire fâcheux. Mais ne peut-on pas faire observer que cet arbitraire se retrouve dans la plupart des institutions humaines, que son apparition est fatale dans tous les actes de l'homme,

être essentiellement imparfait, borné, qui ne saurait avoir la prétention de ne se déterminer que d'après des raisons absolues? Ne le découvre-t-on pas jusque dans les décisions judiciaires elles-mêmes? Pourquoi un tribunal, lorsqu'il a la faculté de se mouvoir entre un minimum et un maximum, inflige-t-il telle peine plutôt que telle autre, six mois de prison au lieu d'une année? Résignons-nous, par conséquent, à voir cet arbitraire qui découle de la nature même des choses, jouer son rôle dans notre matière comme partout ailleurs et, sous le vain prétexte que nous n'atteindrons jamais à la perfection, n'hésitons pas à réaliser un progrès.

Il ne faut pas d'ailleurs s'exagérer la difficulté relative à l'opportunité de la déclaration par l'extrait lui-même des lacunes qu'il présentera désormais. En toute hypothèse, d'abord la bonne foi, la loyauté de l'Etat, seront hors de cause pour cette excellente raison que nul n'est censé ignorer la loi, et, par conséquent, celui qui croira obtenir dans un bulletin n° 3 le relevé intégral des mentions portées sur l'ensemble des bulletins n° 1, sera uniquement la victime de son ignorance inexcusable. Et si l'on se résout à introduire dans la teneur des bulletins destinés aux particuliers, la mention de la restriction qu'ils subiront, on n'enlèvera pas par ce seul fait, comme le prétendent les partisans des opinions radicales, toute valeur aux renseignements fournis, puisque, quel que soit le nombre des condamnations destinées à rester secrètes, l'ensemble de celles qui seront divulguées continuera à fournir aux tiers un premier élément d'appréciation qui ne sera pas à dédaigner, à la condition d'être complété par une enquête personnelle un peu plus approfondie que jadis. On assure que le système nouveau

mettra les honnêtes gens, ceux dont la conduite fut toujours irréprochable, dans l'impossibilité de démontrer leur honorabilité absolue, de se justifier des accusations de nature à ternir leur réputation, puisque désormais leur casier, vierge, sera, au point de vue du bulletin des renseignements privés, assimilé à celui des individus qui auront subi certaines condamnations, de peu de gravité, il est vrai, mais qui n'en supposent pas moins une faute. C'est là une objection qui suppose une fausse conception de la nature véritable et de la portée de l'extrait du casier judiciaire, qui n'est, comme le dit fort bien l'honorable M. Léopold Thézard dans la séance du 8 décembre 1898 au Sénat, « qu'une preuve de moralité purement négative. On peut avoir un casier judiciaire immaculé et être un parfait malhonnête homme ; la mesure de la moralité ne peut résulter que de l'examen individuel ; le casier judiciaire ne peut donner qu'une approximation et il ne faut pas que cette approximation soit une cause d'erreur, en grossissant outre mesure, par leur inscription sur un document judiciaire, des faits qui constituent en réalité des fautes absolument vénielles ». Gardons-nous donc de condamner la réforme proposée sous prétexte qu'elle enlève au casier judiciaire une qualité qu'il n'a jamais été dans sa nature de posséder. Félicitons-nous, au contraire, de sa réalisation, puisque, conciliant les intérêts opposés des honnêtes gens et des coupables, elle permet de distinguer, grâce à un classement ingénieux, les condamnations dont la connaissance est vraiment indispensable aux intéressés, de celles dont la divulgation, sans profit pour l'appréciation de la moralité des individus, n'offrirait que des dangers.

Si, maintenant que nous avons analysé et jugé les arguments

invoqués de part et d'autre par les partisans de la clandestinité ou de la publicité absolue ou par les défenseurs ou les adversaires du système transactionnel de la commission extra-parlementaire, nous recherchons comment se clôtura ce long débat dont nous connaissons les péripéties nombreuses, nous constatons le triomphe final du projet de la commission. La clandestinité absolue, repoussée par cette dernière, fut, il est vrai, défendue devant le Conseil d'Etat par le rapporteur au nom de la section de législation, mais fort heureusement elle ne prévalut pas. Dans le sein du Sénat, seuls MM. Bérenger et Cazot élevèrent la voix en faveur de la suppression radicale du bulletin de renseignements privé, proclamant que pour guérir le mal que l'on s'accordait à déplorer « le moyen, le seul logique et vraiment d'accord avec la raison serait de revenir à la pratique ancienne : le casier judiciaire réservé aux magistrats comme les notices criminelles qu'il a remplacées » (1). Ils se hâtèrent, d'ailleurs, d'ajouter que, désirant avant tout obtenir une réforme, si modeste fût-elle, « n'osant pas trop demander de peur de ne pas assez obtenir », ils se résignaient à accepter la proposition de la commission extra-parlementaire qui, cessant dès lors d'être combattue, ne pouvait manquer d'être adoptée. C'est en effet ce qui se produisit et le système des deux bulletins, bulletin n° 2, bulletin n° 3, passa tout entier dans la loi du 5 août 1899. Mais avant d'examiner les règles qui président à la rédaction de ces bulletins, avant d'analyser leur composition, il est nécessaire d'étudier leur souche commune, l'organe fondamental de l'institution du casier judiciaire auquel la loi

(1) Séance du jeudi 8 décembre 1899 au Sénat.

nouvelle conserve son ancienne dénomination de bulletin n° 1.

SECTION II

DU BULLETIN N° 1

On pourrait comparer le bulletin n° 1 à la minute d'un acte notarié. Comme elle, il est le document original dont le bulletin de renseignements n'est que l'expédition. Il ne doit jamais quitter le greffe où il a été classé et l'on n'en peut obtenir communication que par la voie des extraits.

Dans le but de supprimer les difficultés matérielles de nature à amener des retards, la Chancellerie a, de tous temps, prescrit pour la rédaction des bulletins n° 1 un format uniforme qui est, depuis le décret du 12 décembre 1899, celui de la feuille de papier timbré de 0 fr. 60. Et, pour éviter les chances de détérioration, de destruction, le papier employé doit être fort et de bonne qualité. Il doit, en outre, être blanc. A cette dernière règle, il existait avant la loi nouvelle une exception. En vertu de la circulaire du 8 décembre 1868, les greffiers devaient rédiger sur papier rouge les bulletins constatant les décisions prononcées par application de l'art. 66 du code pénal et qui devaient figurer sur les seuls bulletins n° 2 destinés au ministère public sans jamais être relevés sur les extraits destinés aux particuliers. Cette prescription a été abolie parce que, comme nous le savons déjà, toute une série de décisions doivent désormais être soustraites à la publicité, de telle sorte que l'exception étant devenue la règle, il a paru inutile de maintenir une disposition uniquement destinée à la mettre en évidence. N'eût-il pas mieux valu conserver ce signe matériel en l'étendant à tous les bulletins constatant des déci-

sions de nature à être dispensées d'inscription au bulletin n° 3 ? Cette mesure aurait facilité le travail des greffiers et eût constitué une garantie de plus contre des erreurs toujours possibles.

En vertu de l'art. 1 de la loi du 5 août 1899, il doit être dressé un bulletin n° 1 pour constater :

A. « Les condamnations contradictoires ou par contumace et les condamnations par défaut non frappées d'opposition prononcées pour crime ou délit par toute juridiction répressive », c'est-à-dire :

1° Tout jugement ou arrêt contradictoire ou par défaut rendu en matière correctionnelle.

Seules les condamnations pour crime ou délit doivent faire l'objet d'un bulletin. La loi s'en explique formellement, confirmant ainsi la pratique ancienne qui excluait du casier judiciaire les contraventions peu dangereuses pour l'ordre social et ne constituant pas, en général, une preuve sérieuse de perversité.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de faire une distinction entre les délits proprement dits et ces délits-contraventions qui ont fait, dans la doctrine, l'objet de discussions aujourd'hui sans intérêt. Le rapporteur de la loi au Sénat, M. Jules Godin, s'en est expliqué formellement : « Quand on parle de délits, on emploie l'expression dans le sens que lui donne le code pénal. On vise par cette expression les faits passibles de peines correctionnelles. Il s'agit donc, non seulement des délits proprement dits, mais même des délits-contraventions. Toute condamnation pour un fait passible de plus de cinq jours de prison et de 15 fr. d'amende est donc relevé au casier et la notice doit en être envoyée au lieu de naissance du condamné,

même lorsque la condamnation est une peine de simple police.

La jurisprudence de la Cour de cassation considère les amendes prononcées en matières fiscales et forestières comme des réparations civiles. Cette jurisprudence, très critiquable, avait amené la Chancellerie, dans les circulaires des 30 octobre 1886, 28 novembre 1874, à exclure de la liste des décisions devant être constatées par bulletin n° 1, les condamnations à une simple amende prononcées à la requête d'administrations publiques, eaux et forêts, douanes, contributions indirectes, octroi, postes. Il n'y avait d'exception, en vertu des circulaires de la Chancellerie des 8 décembre 1868, 30 décembre 1873, 28 novembre 1874, que pour les condamnations à l'amende en matière de chasse et de pêche. Il n'y a plus lieu aujourd'hui de faire une pareille distinction. Comme le dit la circulaire du 15 décembre 1899, la formule employée par l'art. 1, n° 1 de la loi du 5 août 1899, est générale et doit être strictement appliquée. « Il en résulte que dorénavant il devra être établi un bulletin n° 1 en cas de condamnation, même à une simple amende, prononcée par un tribunal correctionnel à la requête d'une administration publique, notamment pour infraction aux lois sur les eaux et forêts, les douanes, les contributions indirectes, les octrois et la poste ».

Ne doivent être constatées par bulletin que les condamnations devenues définitives par l'expiration des délais d'opposition ou d'appel, s'il s'agit d'un jugement, des délais de pourvoi en cassation s'il s'agit d'un arrêt. En ce qui concerne les décisions susceptibles d'appel, nous croyons que le bulletin devra être dressé après l'expiration du délai ordinaire de

dix jours, sans qu'il y ait à se préoccuper du droit d'appel du procureur général, lequel se prolonge pendant le délai tout à fait exceptionnel de deux mois.

Le décret du 12 décembre 1899 nous dit que le délai dans lequel doivent être rédigés les bulletins en cas de décisions par défaut émanant d'une juridiction correctionnelle court du jour où elles ne peuvent plus être attaquées par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation. Si ces deux dernières voies de recours sont seules indiquées ici, c'est à cause de la nécessité où l'on se trouve de tenir compte des dispositions de la loi du 27 juin 1866, modifiant l'art. 187 du Code d'instruction criminelle et déclarant que, « si la signification n'a pas été faite à personne, ou s'il ne résulte pas d'actes d'exécution du jugement que le prévenu en a eu connaissance, l'opposition sera recevable jusqu'à l'expiration des délais de la prescription de la peine ». L'application d'une pareille règle dans ce cas particulier eût entravé le fonctionnement du casier, et c'est pour ce motif que le règlement du 12 décembre a conservé la règle déjà établie par la Chancellerie avant la promulgation de la loi du 5 août 1899. Ainsi, tout en demeurant sujet à opposition, le jugement par défaut qui ne sera plus susceptible d'appel après un délai de dix jours, pourra dès lors être constaté par un bulletin qui sera classé comme à l'ordinaire au greffe de l'arrondissement d'origine. Seulement le procureur de la République de cet arrondissement devra, dans le cas où une opposition serait admise dans les cinq ans, en être immédiatement avisé pour ordonner, si un acquittement est prononcé, l'extraction du bulletin. Et si le jugement nouveau prononce au contraire une condamnation, un autre bulletin sera dressé et ira remplacer l'ancien devenu caduc.

2° Tout arrêt contradictoire ou par contumace rendu par une cour d'assises.

Nous venons d'expliquer la combinaison qui permet d'assurer l'inscription en temps utile sur le bulletin n° 1 des condamnations par défaut, tout en respectant les droits éventuels de l'opposant. Il sera procédé de même en cas d'arrêt par contumace.

3° Tout arrêt de la Haute-Cour de justice.

4° Tout jugement prononçant l'acquittement d'un mineur de seize ans comme ayant agi sans discernement.

5° Les condamnations conditionnelles prononcées par application de la loi du 27 mars 1891.

Il doit être fait mention du sursis accordé.

6° Les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour lorsqu'elle est saisie et statue conformément aux art. 479 et 485 du code d'instruction criminelle.

7° Les condamnations pour infractions commises à l'audience d'une juridiction civile.

8° Les condamnations prononcées par les tribunaux militaires et les tribunaux maritimes.

B. « Les décisions disciplinaires prononcées par l'autorité judiciaire lorsqu'elles entraînent ou édictent des incapacités ».

Le terme décision disciplinaire désigne tout jugement définitif ayant un caractère disciplinaire rendu en audience publique contre un commissaire priseur, un greffier, un huissier, un avoué, un notaire. Avant la loi du 5 août 1899, toutes les décisions de cette nature frappant des officiers ministériels ou publics devaient figurer au casier. Il n'en est plus de même aujourd'hui, puisque cette loi pose comme condition néces-

saire de la constatation par le bulletin d'une décision, ce fait que cette dernière entraînera ou édictera des incapacités. De telle sorte que, seule, la destitution figurera au casier. Mais elle y figurera dans tous les cas puisque, comme le fait observer la circulaire de la Chancellerie du 15 décembre 1899, alors même que le jugement ne prononcera pas une déchéance formelle des droits de vote, d'éligibilité d'élection, le notaire, greffier ou officier ministériel destitué n'en sera pas moins, à l'avenir, incapable d'être juré en vertu de l'art. 2, n° 7, de la loi du 21 novembre 1872 sur le recrutement du jury.

La circulaire du 15 décembre 1899 fait observer que « la déchéance de la puissance paternelle ne doit être mentionnée sur le bulletin n° 1 que lorsqu'elle est l'accessoire d'une condamnation criminelle ou correctionnelle. En dehors de ce cas, lorsqu'elle est prononcée à titre principal, elle ne peut être considérée ni comme une condamnation, ni comme une mesure disciplinaire émanant de l'autorité judiciaire. Toute hésitation disparaît à cet égard si l'on se reporte aux travaux préparatoires ». En effet, dans le projet développé au Sénat dans la séance du 8 juillet 1898 par M. le rapporteur Godin, les déchéances de la puissance paternelle figuraient dans l'art. 1 de la loi sous le n° 5. Mais, dans l'intervalle qui sépara cette séance de la suivante, M. le garde des sceaux Sarrien fit observer que la déchéance de la puissance paternelle n'était pas une condamnation, et cette décision fut exclue de l'énumération de l'art. 1.

C. « Les décisions disciplinaires prononcées par une autorité administrative lorsqu'elles entraînent ou édictent des incapacités », c'est-à-dire :

1° Les décisions qui privent temporairement ou définitive-

ment un individu du droit de porter la croix de la Légion d'honneur, la médaille militaire ou des médailles commémoratives ;

2° Les décisions disciplinaires rendues contre un militaire ou un marin, ayant un caractère judiciaire et entraînant des incapacités.

Cette formule comprend les mesures suivantes : la mise en réforme par mesure disciplinaire, peine très grave prononcée par décret après enquête et qui entraîne incontestablement une incapacité, puisque les officiers frappés ne pourront jamais rentrer dans les cadres soit de l'armée active, soit même de la réserve ou de l'armée territoriale ; la destitution qui constitue une peine proprement dite destinée à réprimer certaines infractions.

3° L'interdiction temporaire ou perpétuelle du droit d'enseigner prononcée contre un membre de l'enseignement primaire par jugement du conseil départemental ; contre un répétiteur, un professeur de l'enseignement secondaire par jugement du conseil académique.

Il faut remarquer que seule l'interdiction d'enseigner entraîne une incapacité véritable comme l'exige le texte de l'art. 1er § 3 de la loi du 5 août 1899. La suspension, la révocation, n'auraient pas le même effet puisque rien n'empêche celui qui les encourt d'ouvrir un établissement libre.

D. « Les jugements déclaratifs de faillite ou de liquidation judiciaire ».

Il faudra que les jugements déclaratifs de faillite, avant que l'on dresse le bulletin, soient devenus définitifs par l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 482 C. comm. et l'expiration des délais d'opposition et d'appel

des art. 580 et 582 du même code. Lorsque sur un appel interjeté, la cour confirme un jugement déclaratif de faillite, c'est au greffier de la cour qu'incombe l'obligation de dresser un bulletin n° 1.

E. « Les arrêtés d'expulsion pris contre les étrangers ».

Toutes les fois que par décision ministérielle ou préfectorale, un étranger est expulsé du territoire français, une copie individuelle est dressée et classée dans le casier central par les soins du département de la justice qui reçoit de celui de l'intérieur un état nominatif mensuel des expulsions.

Telles sont les décisions qui doivent être constatées au casier judiciaire. Chacune d'elles nécessite l'établissement d'un bulletin spécial qui recevra d'ailleurs, dans la suite, toute une série de nouvelles mentions, en vertu de l'art. 2 de la loi du 5 août 1899.

En effet, le greffier du lieu d'origine de l'agent chargé du service du casier central, relèvera sur les bulletins correspondants les faits suivants, au fur et à mesure qu'ils surviendront et qu'il en sera avisé.

1° L'arrêt de réhabilitation, criminelle, correctionnelle ou commerciale.

A cette fin, aussitôt que la réhabilitation aura été prononcée, le procureur général près la cour qui a statué doit aviser le procureur de la République du lieu d'origine qui prévient le greffier. Le bulletin constatant la condamnation ou la faillite, ainsi complété, restera classé au casier, mais il n'en sera plus fait état pour la délivrance des bulletins n° 3.

2° La réhabilitation de droit.

Il est bien évident que l'on ne saurait imposer aux greffiers de procéder spontanément à de longues et difficiles recher-

ches dans le but de découvrir les individus qui doivent bénéficier de cette faveur. Mais lorsque, sur le point de délivrer un extrait du casier judiciaire, ils s'aperçoivent que l'intéressé bénéficie de la réhabilitation de droit, ils devront mentionner immédiatement cette circonstance sur le bulletin n° 1.

3° Le jugement relevant de la rélégation.

Ce sera le procureur de la République près la juridiction ayant statué qui devra transmettre l'avis à son collègue de l'arrondissement d'origine.

4° L'arrêté de mise en libération conditionnelle et l'arrêté de révocation de cette faveur.

Avis sera donné au Parquet par le ministre sur la proposition duquel la mesure gracieuse a été prise.

5° La date de l'expiration de la peine corporelle et de la contrainte par corps, la date du paiement de l'amende.

Le parquet du lieu d'origine sera avisé par l'intermédiaire du procureur de la République de la résidence des agents chargés de la direction des prisons et établissements pénitentiaires ou des agents chargés du recouvrement.

6° Les décisions rapportant des arrêtés d'expulsion.

La décision sera communiquée à la Chancellerie par le ministre de l'Intérieur.

7. Les déclarations d'excusabilité en matière de faillite et les homologations de concordat.

La communication en sera faite par le greffier de la juridiction qui a prononcé.

Le mode par lequel le procureur de la République de l'arrondissement d'origine ou le ministre de la justice sont avisés est uniforme. Le fait à relever est porté à leur connaissance sur une fiche individuelle et mention doit en être faite dans

le plus bref délai par le greffier qui détient le bulletin ou par les soins de l'agent du casier central, en ce qui concerne les individus d'origine inconnue et ceux qui sont nés dans les colonies ou à l'étranger.

L'art. 2 alinéa 2 de la loi du 5 août 1899 se borne à faire, en ce qui concerne l'amnistie, l'application des principes qui régissent cette dernière. L'amnistie, ne laissant subsister que le fait matériel qu'elle est impuissante à supprimer, devait évidemment effacer du casier judiciaire les condamnations désormais anéanties. Il ne suffisait donc pas de la mentionner sur les bulletins n° 1, il fallait que ces bulletins n° 1 eux-mêmes, désormais inutiles, disparussent du casier. C'est ce qui aura lieu en effet. Les greffiers devront établir pour tous les individus qui bénéficieront de l'amnistie des fiches individuelles qui porteront en tête, écrite à l'encre rouge, cette mention : rédigée par application de la loi d'amnistie du... Après avoir été visées par le procureur de la République, elles seront transmises au parquet général d'où elles seront dirigées sur les arrondissements d'origine ou sur le casier central. Il sera procédé alors à l'extraction des bulletins correspondants qui, toutefois, ne seront pas détruits mais seront classés dans les archives des greffes.

En dehors des mentions que nous venons d'énumérer et qui ont trait à la constatation des condamnations d'abord, ensuite à leur exécution et à toutes les circonstances qui viennent modifier cette exécution ou en dispenser le condamné, tout bulletin doit contenir, dans le but d'assurer la facilité des recherches, le fonctionnement régulier des casiers, un certain nombre d'énonciations que voici :

1° Indication en gros caractères et en tête du nom de famille,

des prénoms et surnoms, pseudonymes du condamné; des noms et prénoms de ses père et mère.

2° Age, date et lieu de naissance, nationalité; quand le condamné est d'origine étrangère, il faut mentionner exactement le lieu d'origine et la province à laquelle il appartient. Pour les condamnés originaires des colonies on doit inscrire le nom de la colonie à la place réservée au nom de l'arrondissement d'origine. Si l'origine est inconnue, le greffier mettra à la place du lieu de naissance « pas d'acte de naissance applicable ».

3° Signes particuliers que l'examen de sa personne peut faire découvrir. Dans les villes où existe le service anthropométrique, les résultats qu'il fournira devront être enregistrés sur le bulletin n° 1.

4° Etat civil et de famille, profession et domicile.

5° A gauche et en haut du bulletin, en chiffres d'un centimètre de hauteur, l'année de la naissance du condamné. Cette proposition a pour but de faciliter le travail d'extraction des bulletins concernant les individus décédés ou âgés de plus de 80 ans, extraction qui, au terme de la circulaire du 8 décembre 1868, doit être renouvelée tous les dix ans dans le but d'éviter l'encombrement des casiers.

6° Crime ou délit qui motive la condamnation.

7° Date précise des infractions qui ont motivé la condamnation.

8° Désignation de la juridiction qui prononce et qui est indiquée également à gauche et en haut du bulletin au-dessous de l'année de la naissance où doit également se trouver la désignation du tribunal au greffe duquel le bulletin doit être classé. Si l'origine est méconnue, le greffier mettra : casier central. Lorsqu'un bulletin est dressé au greffe de la

cour à la suite d'un appel suivi de condamnation, il doit indiquer en outre le nom de la juridiction qui a statué en premier ressort et la date de sa décision.

9° Date de la condamnation, nature et durée de la peine prononcée; observation constatant que la condamnation est devenue définitive.

10° Indication de la nature du jugement : contradictoire ou par défaut; en cas de jugement par défaut, date et mode de signification.

11° Articles et paragraphes du code ou des lois spéciales visés par la sentence.

12° Apposition du timbre de la juridiction qui a prononcé; elle ne doit jamais avoir lieu à l'avance.

13° Date de la délivrance et signature du greffier.

14° Si l'imputation de la détention préventive a été refusée, mention doit être faite de ce refus; si au contraire il y a lieu à imputation, indication de la date du mandat de dépôt ou d'arrêt ou de l'ordonnance de prise de corps.

15° Avant la loi du 5 août 1899 le mot « récidiviste » devait être inscrit d'une manière très apparente dans l'angle de droite lorsque l'individu intéressé avait déjà subi une précédente condamnation. Cette expression n'était pas prise incontestablement dans son acception technique. Mais elle était de nature à amener des confusions regrettables et le décret du 12 décembre 1899 lui a substitué le mot « récidive » qui n'offre pas ce danger. Placée bien en évidence, cette mention donnera au greffier une indication qui lui évitera des recherches inutiles. Ajoutons que jamais elle ne doit être imprimée à l'avance sur les formules à cause des complications qui surviendraient si un greffier oubliait, à l'occasion, de

l'effacer. Ce qui prouve bien, ainsi que nous le disions tout à l'heure, que le terme récidive ne doit pas être pris dans son sens étroit, scientifique, c'est que cette mention doit figurer même sur les bulletins n° 1 applicables à des mineurs de seize ans qui, sur une première poursuite, ont été remis à leurs parents. Peu importe du reste que la condamnation antérieure ait été prononcée en France ou à l'étranger. Elle doit dans tous les cas être signalée à l'aide du même procédé.

16° Mention expresse du sursis accordé sera faite sur le bulletin no 1 dressé pour constater une condamnation lorsque la juridiction qui a statué aura fait application de la loi du 26 mars 1891. Cette condamnation, durant les cinq années d'épreuve, sera relevée sur les extraits délivrés. Mais, à l'expiration de ce délai, s'il n'est pas intervenu de nouvelle condamnation, elle ne figurera plus sur les bulletins délivrés aux parties ou bulletins n° 3. Toutefois elle devra évidemment être maintenue au casier, et le bulletin n° 1 ne devra nullement être extrait comme cela se produit en cas d'amnistie ; elle devra même continuer à être relevée sur les bulletins n° 2 réservés aux parquets et aux administrations publiques.

Nous venons de passer en revue les divers éléments qui entrent dans la composition des bulletins n° 1. Le soin de réunir ceux qui ont trait à la personne du condamné, à la constatation de son individualité, revient au ministère public assisté du juge d'instruction et des divers auxiliaires de la police judiciaire, qui devront interroger l'inculpé aussitôt après son arrestation. Les déclarations de ce dernier devront être contrôlées dans le plus bref délai, de façon à ne pas engager sur de fausses données une procédure qui abouti-

rait à des erreurs fâcheuses. Et cette précaution préliminaire, cette vérification assurera le classement rapide et facile du bulletin qui constatera la condamnation à intervenir. Quant aux renseignements relatifs à cette condamnation elle-même, c'est dans la minute du jugement ou de l'arrêt que les puisera le greffier chargé de dresser le bulletin n. 1.

C'est au greffier de la juridiction qui a statué que cette mission incombe. Greffiers des tribunaux correctionnels et greffiers des cours d'appel seront assujettis à cette obligation. Les bulletins n° 1 relatifs aux déclarations de faillite ou de liquidation judiciaire devront être établis par les greffiers des tribunaux de commerce ou des tribunaux civils jugeant commercialement ou, en cas d'appel, par les greffiers de la cour. C'est au greffe du tribunal du lieu d'origine ou au casier central, suivant les cas, que doivent, sur avis transmis au parquet intéressé ou à la Chancellerie par l'autorité qui a statué, être dressés les bulletins constatant les décisions disciplinaires émanées d'une autorité administrative et entraînant ou édictant des incapacités. Enfin nous savons déjà que les arrêtés d'expulsion sont notifiés par le ministère de l'intérieur au ministère de la justice qui fait dresser des bulletins que l'on classe au casier central.

La circulaire de la Chancellerie du 15 décembre 1899 insiste beaucoup sur la nécessité de rédiger désormais les bulletins dans le plus bref délai possible. « En raison des mentions multiples que doivent porter les bulletins n° 1 et des droits que confère aux intéressés l'expiration de certains délais à partir de l'exécution des peines, il importe plus que jamais à la bonne administration de la justice que le casier judiciaire soit régulièrement tenu à jour et que les

bulletins n° 1 n'y parviennent pas, comme il arrive trop souvent, longtemps après que la condamnation est devenue définitive ». En conséquence, les bulletins devront toujours être établis dans la quinzaine à partir du jour où la décision est devenue définitive. En cas d'arrêt par contumace, le délai courra du jour de l'arrêt; en cas de décision par défaut émanant de juridictions correctionnelles, il courra du jour où elles ne seront plus attaquables par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation.

Le décret du 12 décembre 1899 a laissé subsister relativement à la surveillance des casiers, à la vérification et à l'envoi des bulletins, la plupart des règles en vigueur sous le régime des circulaires. Nous avons décrit plus haut les rôles respectifs des trois sortes d'agents chargés d'assurer le fonctionnement des casiers. Les greffiers établissent et classent les bulletins. Les procureurs de la République et les procureurs généraux remplissent une mission de surveillance, de contrôle. L'importance de cette surveillance est suffisamment démontrée par les graves conséquences que peut entraîner la moindre inexactitude commise dans un greffe. Et la circulaire insiste avec force sur l'obligation qui incombe au procureur de la République de procéder à de fréquents examens des casiers, au lieu de se borner à signer, comme cela s'est trop souvent produit, un procès-verbal de vérification mensuelle que lui présentait périodiquement le greffier après l'avoir rédigé à l'avance. Ce procès-verbal d'ailleurs est supprimé. « Je crois, déclare le Garde des sceaux, pouvoir sans inconvénient supprimer la rédaction du procès-verbal de vérification mensuelle qui était dressé par le procureur de la République en exécution des circulaires des 6 novembre 1850 et 1er juillet 1856

et qui ne constituait le plus souvent qu'une formalité purement illusoire. En le faisant disparaître, j'insiste tout particulièrement sur la nécessité d'y substituer un contrôle effectif et incessant et, le cas échéant, je n'hésiterai pas, lorsqu'un bulletin contiendra des erreurs regrettables qu'un examen un peu attentif aurait permis d'éviter, à rendre responsable le magistrat qui l'aura visé ».

Les bulletins constatant des condamnations criminelles ou correctionnelles sont rédigés par quinzaine et remis dans le plus bref délai au procureur de la République qui vérifie l'exactitude de leurs mentions, rectifie, s'il y a lieu, les irrégularités de forme et les transmet le jour même, revêtus de son visa, au parquet général. C'est là, après un nouvel examen, que se fera la répartition. Les bulletins seront de nouveau visés puis envoyés dans la quinzaine soit aux parquets des arrondissements d'origine, soit au casier central.

Les bulletins constatant les jugements déclaratifs de faillite ou de liquidation judiciaire sont, à la fin de chaque mois, adressés au procureur général par les greffiers des tribunaux de commerce. Cet envoi n'a pas lieu directement, mais par l'intermédiaire des présidents de ces tribunaux.

Les greffiers des conseils de guerre, des tribunaux maritimes et des tribunaux maritimes commerciaux sont assujettis aux formalités que nous venons de décrire. Ils devront rédiger par quinzaine des bulletins n° 1 pour toutes les condamnations prononcées par ces juridictions, conformément aux instructions de la chancellerie. Seul le mode de classement est un peu différent. C'est en effet au procureur de la République de l'arrondissement où siège la juridiction qui a statué que le greffier envoie périodiquement les bulletins et la répartition est faite directement par ce magistrat.

Les condamnations prononcées par les conseils de guerre et les prévôtés des corps expéditionnaires doivent être constatées par des bulletins n° 1, qui, dressés soit au ministère de la marine, soit au ministère de la guerre, sont envoyés au parquet général de Paris d'où ils sont dirigés sur les divers casiers ou envoyés au casier central.

Aussitôt que les bulletins sont parvenus au parquet de l'arrondissement natal, le procureur de la République les remet au greffier. Celui-ci vérifie sur les registres de l'état-civil si les divers bulletins concernent bien des individus originaires de l'arrondissement. Mention de cette vérification doit être faite sur les bulletins.

Il arrive parfois que l'intérêt considérable qu'ont les inculpés à cacher leurs antécédents judiciaires les amène à dissimuler la date et surtout le lieu de leur naissance. De telle sorte que, lorsque le bulletin constatant la condamnation d'un individu qui a usé de ce subterfuge parvient au greffe du tribunal du lieu d'origine supposé, le greffier, en compulsant les actes de l'état civil, aboutira à un résultat négatif, sans que rien permette de supposer une omission dans les registres. Le bulletin devra alors être revêtu de la mention « pas d'acte de naissance applicable », puis renvoyé par l'intermédiaire du procureur de la République au procureur général qui l'a adressé. Celui-ci le dirigera sur le parquet du lieu de la condamnation où l'on procèdera à une nouvelle enquête qui se terminera soit par la découverte du lieu de naissance véritable, soit par l'envoi du bulletin au casier central comme concernant un individu d'origine inconnue.

Mais le plus souvent les titulaires des bulletins figureront sur les registres de l'état civil ou bien leur naissance, quoi-

que n'étant pas légalement constatée, sera constante en fait. En ce cas, le greffier classera le bulletin au casier dans une chemise portant le nom du condamné pour faciliter les recherches. Il faudra classer les bulletins concernant les femmes d'après leurs noms de fille, mais en y joignant une fiche de renvoi au nom du mari pour éviter toute confusion.

Nous avons déjà vu que, lorsqu'un jugement par défaut ou un arrêt de contumace est intervenu, il faut constater ces décisions par un bulletin n° 1 qui sera classé suivant les règles ordinaires. Mais dans le but de ramener le plus souvent possible à exécution les défauts et les contumaces, les parquets ont imaginé un procédé ingénieux que la circulaire du 15 décembre 1899 réglemente à nouveau et dont elle recommande l'emploi. En outre du bulletin n° 1 ordinaire, il sera envoyé au greffe de l'arrondissement natal ou au casier central une fiche dite « de recherche » établie sur une feuille ayant le format des bulletins n° 1 et ainsi conçue :

FICHE

à insérer au casier judiciaire du greffe du Tribunal de N...

Le nommé (nom, prénoms), fils de... et de..., né le... 18..., à..., est recherché par le parquet de...

Prière d'aviser ledit parquet de tout envoi de bulletin n° 1 et de toute demande de bulletin n° 2 le concernant.

A N..., le... 19...

Le Procureur de la République

Grâce à cette précaution, tout envoi d'un bulletin n° 1, toute demande d'un bulletin n° 2 concernant l'individu recherché apprendra au parquet intéressé le lieu où se trouve l'individu poursuivi, puisque la plupart du temps ce lieu sera précisé-

ment celui d'où sont partis soit le bulletin n° 1 transmis, soit la demande d'extrait formulée.

L'art. 12 du décret du 12 décembre 1899 fixe à 0 fr. 40 l'émolument des greffiers pour chaque bulletin n° 1 rédigé. La dépense afférente à l'établissement de ces bulletins sera payée sur les crédits affectés aux frais de justice criminelle et comprise parmi les frais à recouvrer sur les condamnés. Il suffira aux greffiers, pour obtenir leur paiement, de mentionner dans le mémoire mensuel qu'ils présentent au procureur de la République le nombre de bulletins délivrés. D'après l'art. 13 du décret, les bulletins n° 1 rédigés par les greffiers des juridictions militaires ou maritimes sont payés sur ordonnance émise par le garde des sceaux après envoi d'un état récapitulatif adressé au département de la justice et certifié par les ministres de la guerre ou de la marine.

SECTION III

DU BULLETIN N° 2

Le bulletin n° 2 est un document qui contient le relevé complet de toutes les condamnations figurant au casier judiciaire d'un même individu et est exclusivement délivré aux magistrats du parquet et de l'instruction, aux autorités militaires et maritimes, aux administrations publiques de l'État.

La dénomination du bulletin n° 2, par conséquent, comme le fait très justement remarquer la circulaire du 15 décembre 1899, offre désormais « un sens différent et plus restreint que par le passé ». Le bulletin général de renseignements existant avant la réforme s'est, en quelque sorte, dédoublé en

deux catégories correspondantes à la distinction des intérêts publics et privés.

Les bulletins n° 2 devront être établis sur papier bulle, fort et de bonne qualité et présentant 25 centimètres de hauteur sur 20 de largeur.

Tous les renseignements judiciaires contenus dans le casier doivent figurer sur le bulletin n° 2 par ordre chronologique. La date de la condamnation, la cour ou le tribunal qui ont statué, la nature des infractions, la nature et la durée de la peine, devront être mentionnées, ainsi que la date des faits qui ont motivé la condamnation, les décisions relatives à l'imputation de la détention préventive et la date du mandat de dépôt et d'arrêt ou de l'ordonnance de prise de corps. Les décisions gracieuses dont aura bénéficié le condamné seront signalées dans la colonne des observations et l'on indiquera en outre, dans cette même colonne, la nature du jugement ou de l'arrêt contradictoire, par défaut ou par contumace, le nom du tribunal qui a jugé en premier ressort et la date de ce jugement s'il s'agit d'une décision sur appel; enfin, dans le cas où un jugement par défaut aura été exécuté, ce fait devra être signalé.

Les bulletins n° 2 délivrés aux administrations publiques de l'État à l'occasion de l'établissement des listes électorales, de l'exercice des droits politiques, sont muets sur toutes les décisions qui n'entraînent pas d'incapacité en cette matière. Mais cette exception est la seule et, dans tous les autres cas, c'est l'intégralité des condamnations constatées par le bulletin n° 1 qui doit être relevée. On fera donc figurer sur le bulletin n° 1, même les applications de l'art. 66, véritables jugements d'acquittement, les condamnations conditionnelles après

l'expiration du délai de cinq ans, les condamnations prononcées par des tribunaux étrangers, les condamnations effacées par un arrêt de réhabilitation ou par la réhabilitation de l'art. 10 de la loi du 5 août 1899.

Les bulletins n° 2 devront contenir également les énonciations suivantes :

1° Les noms, prénoms, surnoms du titulaire du casier.

2° La date et le lieu de sa naissance, son domicile, sa profession.

3° Les noms, prénoms de ses père et mère.

4° Sa nationalité.

5° En haut et à gauche l'indication de la cour d'appel et du tribunal dont émane le bulletin.

Les demandes de bulletin n° 2 sont faites par lettres ou télégrammes ; elles doivent être motivées et contenir l'indication très exacte des noms, prénoms, date et lieu de naissance de l'individu désigné ; si ce dernier a déjà subi une condamnation, s'il est détenu, il faut signaler ces détails. C'est au parquet de l'arrondissement d'origine que doivent être adressées les demandes. Ces dernières seront immédiatement remises par le procureur de la République au greffier qui devra procéder à des recherches analogues à celles qui préparent le classement des bulletins n° 1 dirigés sur son casier. Il consultera, en effet, les actes de l'état-civil, et, suivant qu'il constatera la présence ou l'absence d'un acte de naissance applicable, dressera un bulletin n° 2 ou renverra la demande au procureur de la République. Le bulletin n° 2 sera affirmatif ou négatif suivant qu'il existera ou non des bulletins de condamnation. Dans le second cas, la mention « néant » devra être inscrite au milieu du tableau. Dans le cas où la demande de

renseignements devra être, comme nous venons de le dire, renvoyée au procureur de la République, parce qu'il n'existe pas d'acte de naissance ou de notoriété et que d'ailleurs la naissance n'est pas constante en fait, le greffier devra revêtir cette demande de la mention « pas d'acte de naissance applicable ». Le procureur de la République fera alors adresser directement par la chancellerie un extrait du casier central au parquet intéressé.

La surveillance que le procureur de la République exerce sur la rédaction et le classement des bulletins n° 1 doit s'étendre à la délivrance des extraits. Tous les bulletins n° 2, aussitôt après leur rédaction, seront vérifiés par ce magistrat qui, après un minutieux examen, les visera et les expédiera lui-même sous enveloppe fermée. La voie télégraphique pourra même être employée, mais il sera nécessaire alors de répondre par un télégramme suffisamment clair et précis pour éviter les illusions regrettables que peuvent concevoir sur la moralité d'un inculpé des juges mal renseignés.

Les particuliers ne peuvent, sous quelque prétexte que ce soit, obtenir la délivrance du bulletin n° 2 réservé à certaines autorités que nous allons passer en revue.

La loi du 5 août 1899, article 4, alinéa 2 nous dit que le bulletin n° 2 sera délivré, en premier lieu : « aux magistrats du parquet et de l'instruction ». Il en sera joint un à toute procédure criminelle ou correctionnelle; les extraits du casier central seront délivrés aux procureurs de la République sur demande, même télégraphique, adressée directement au garde des sceaux. Les procureurs de la République et les juges d'instruction ordinaires ne seront d'ailleurs pas seuls à pouvoir obtenir la délivrance d'un bulletin n° 2. Les prési-

dents d'assises, les commissaires du gouvernement et les rapporteurs près les conseils de guerre et les tribunaux maritimes y auront également droit.

Le bulletin n° 2 sera délivré en second lieu « aux autorités militaires et maritimes pour les appelés des classes et de l'inscription maritime ainsi que pour les jeunes gens qui demandent à contracter un engagement ». Avant la loi du 5 août 1899, les jeunes gens demandant à contracter un engagement devaient fournir un bulletin n° 2 qu'ils réclamaient eux-mêmes. Ce bulletin ne saurait aujourd'hui leur être délivré et la délivrance doit en être demandée par l'autorité militaire.

Les décisions rendues en vertu de l'article 66 sont de véritables jugements d'acquittement. Elles doivent cependant être constatées sur les bulletins n° 1, et cette règle a été simplement renouvelée par la loi du 5 août 1899 de la pratique ancienne. Mais, sous le régime des circulaires, cette mesure n'avait guère d'inconvénients, puisque les décisions rendues en vertu de l'article 66 et constatées par le bulletin n° 1 devaient être uniquement relevées sur les bulletins n° 2 délivrés au ministère public sans jamais l'être sur les bulletins délivrés à toute autre autorité. La loi du 5 août 1899 ne fait plus cette distinction. Le bulletin n° 2 est le relevé intégral des bulletins n° 1 relatifs à un même individu et les décisions rendues en vertu de l'article 66 n'échappent pas à cette règle. De telle sorte que l'autorité militaire, obtenant communication de ces décisions, s'est fort peu préoccupée de leur véritable caractère qui est absolument celui d'un acquittement et les jeunes gens placés dans cette situation ont vu leurs engagements refusés pour tous autres corps que les bataillons d'Afrique.

En outre, comme le fait observer M. Albert Maulmond dans « Les Lois Nouvelles », « les règlements propres à l'armée de mer ne permettent pas l'admission d'engagés ayant été l'objet d'un acquittement par application de l'article 66 du code pénal, puisque actuellement, comme avant la loi du 5 août 1899, ils exigent un extrait néant du casier judiciaire... On arrive ainsi à ce résultat que les meilleurs sujets des colonies pénitentiaires et les enfants qui, après un délit sans gravité, ont été remis à leurs parents se voient privés de la faculté de choisir leur arme le jour où ils veulent contracter un engagement volontaire ».

L'opinion s'est émue de cette fâcheuse interprétation d'un texte mal rédigé, et, sur les instances de la Société pour l'assistance des enfants, le garde des sceaux actuel, M. Monis, a promis une réforme visant ce cas spécial. En outre, par une circulaire du 3 avril 1900, M. le ministre de la guerre de Gallifet a prescrit qu'en attendant la réforme proposée les jeunes gens ayant bénéficié de la disposition de l'article 66 fussent désormais admis à s'engager dans les conditions habituelles.

« En ce qui concerne l'armée de mer, déclare M. Albert Maulmond dans l'article que nous venons de citer, il est vraisemblable que les règlements seront modifiés sur ce point. Mais la solution la meilleure serait de décider que les jugements ou arrêts rendus par application de l'article 66 du code pénal, ne figureront que sur les bulletins n° 2 délivrés aux magistrats du parquet et de l'instruction ».

Au cours de la discussion du projet de loi rectificatif du 4 décembre 1899, le Parlement sera, conformément à la promesse du garde des sceaux actuel, saisi de la question.

Le procureur de la République de chaque arrondissement d'origine des jeunes gens appelés sous les drapeaux reçoit chaque année du commandant de recrutement la liste de ces jeunes gens. Il fait alors procéder à une enquête au casier judiciaire, fait porter la mention « néant » en face du nom des appelés qui n'ont pas subi de condamnations prévues par la loi de 1889, tandis qu'il adresse au commandant de recrutement les extraits des individus qui ont été l'objet de décisions de cette nature.

Peuvent enfin obtenir le bulletin n° 2 « les administrations publiques de l'Etat, saisies de demandes d'emplois publics ou en vue de poursuites disciplinaires ou de l'ouverture d'une école privée, conformément à la loi du 30 octobre 1886 ».

Cette formule suffisamment explicite n'a pas besoin de commentaires. Nous ferons simplement observer avec la circulaire du 15 décembre 1899 que les emplois publics dont parle la loi « ne sont pas seulement les fonctions publiques ressortissant directement à l'Etat, mais aussi toutes les fonctions instituées en vue du maintien de l'ordre public ». C'est ainsi que les gardes champêtres, les gardes particuliers, les préposés d'octroi et même les agents de police rentrent dans cette catégorie. Les administrations publiques, c'est-à-dire l'Etat, ne sauraient donc, à l'égard des candidats à ces diverses fonctions, se contenter d'un bulletin n° 3. En conséquence, un bulletin n° 2 devra être délivré aux préfets et sous-préfets chargés de décider de la réception des demandes de cette nature. Devront également l'obtenir les proviseurs, les chefs de corps de troupes, les autorités militaires ou maritimes, les directeurs de manufactures de l'Etat pour les gens de service, employés ou ouvriers qu'ils sont appelés à enrôler. Un bul-

letin n° 2 pourra être joint par l'administration des contributions indirectes aux procédures suivies dans son intérêt.

Les demandes de bulletins formées par les administrations publiques seront adressées, lorsque le titulaire du casier est né en France, au parquet de l'arrondissement natal ; lorsqu'il est d'origine coloniale, étrangère ou inconnue, à la Chancellerie, c'est-à-dire au casier central.

Le décret du 12 décembre 1899 règle de la façon suivante le prix et le paiement des bulletins n° 2.

Pour les bulletins n° 2 réclamés par les magistrats du parquet et de l'instruction : 0,25. Cette dépense rentrera dans les frais de justice criminelle et sera recouvrée sur les condamnés. Nous avons expliqué par quel procédé le prix des bulletins n° 1 était payé aux greffiers. Il en sera de même ici, avec cette différence que les greffiers devront, dans leurs mémoires, donner le détail des bulletins n° 2 délivrés. Pour les bulletins réclamés par l'autorité militaire ou maritime et concernant les jeunes gens qui demandent à contracter un engagement volontaire : 0,25.

Pour les bulletins réclamés par les administrations de l'Etat en général : 0,25. Cette dépense est payée directement par l'Administration au moment de la délivrance des bulletins.

Pour les bulletins n° 2 réclamés pour l'exercice des droits politiques : s'ils sont affirmatifs : 0,25 ; s'ils sont négatifs : 0,15. Cette dépense est à la charge de chaque commune et est recouvrée de la façon suivante. Deux fois par an, un état des bulletins n° 2 délivrés, avec le relevé des droits à percevoir, est envoyé par les greffiers aux maires qui ont demandé des extraits. Cet envoi a lieu par l'intermédiaire des préfets. Un mandat général de paiement est alors établi par le maire

et le receveur municipal fait parvenir par la poste à chaque greffier le montant des sommes qui lui sont dues.

Pour les bulletins n° 2 réclamés par les autorités militaires ou maritimes et concernant les appelés des classes et de l'inscription maritime : s'ils sont affirmatifs : 0,15. Même lorsqu'un bulletin n'est pas dressé, c'est-à-dire lorsqu'il y a lieu de se borner à apposer la mention néant en regard du nom porté sur la liste transmise par le bureau de recrutement, un droit de 0,05, dit droit de recherches, sera dû.

Pour obtenir le paiement des bulletins délivrés au recrutement, le greffier fait parvenir un mémoire au commandant de recrutement qui, après avoir contrôlé et visé ce mémoire, enverra au service de l'intendance du corps d'armée correspondant à la résidence du greffier la liste des parquets situés dans la région de ce corps d'armée et ayant fait des recherches, ainsi que le relevé des mémoires présentés par chacun des greffiers attachés à ces tribunaux, avec l'indication des sommes totales réclamées. Les intéressés seront alors payés sur les crédits de la justice militaire, par les soins de l'intendant militaire directeur.

Un mémoire des bulletins délivrés aux autorités maritimes sera dressé annuellement par les greffiers et transmis par les procureurs de la République aux préfets des arrondissements maritimes dont dépendent ces diverses autorités.

SECTION IV

DU BULLETIN N° 3

Le bulletin n° 3 est un extrait partiel du casier judiciaire destiné à être exclusivement délivré à la personne qu'il con-

cerne. Sa création constitue la partie la plus originale du projet élaboré par la commission extra-parlementaire chargée de préparer une réforme du casier judiciaire. Et ce fut aussi cette partie du projet qui souleva le plus de critiques, traversa les plus nombreuses péripéties jusqu'à son adoption finale par le parlement. Nous ne reviendrons pas sur l'exposition des arguments que peuvent invoquer les partisans ou au contraire les adversaires de cette innovation. Rappelons seulement que nous avons cru devoir nous prononcer en faveur de cette dernière. Mais la légitimité, l'opportunité de la création sous le nom de bulletin n° **3** d'un extrait partiel du casier judiciaire destiné à sauvegarder les intérêts privés étant admises en principe, il n'en reste pas moins à régler la composition de ce document. Et c'est ici que surgissent les plus graves difficultés.

A quelle autorité, en effet, confier le soin de réaliser cette sélection rendue nécessaire par l'aveuglement volontaire des patrons, du public en général, qui ne voulut jamais tenir compte du degré de gravité des diverses condamnations fidèlement reproduites par l'ancien bulletin n° **2**, et rendit ainsi, grâce à son intransigeance, l'idée fondamentale de la publicité du casier judiciaire absolument odieuse ? « L'œuvre, comme le dit M. Jacquin dans son rapport au Conseil d'Etat, est particulièrement ardue et difficile : il s'agit de n'omettre sur les extraits du casier judiciaire aucun fait qui soit de nature à intéresser les employeurs, mais en même temps de n'y inscrire aucune condamnation touchant des individus dont l'amendement en pouvait être compromis ». Dans une opinion qui a été longuement développée devant la commission extra-parlementaire, ce serait au juge que devrait être réser-

vée l'appréciation de l'opportunité de la divulgation ou, au contraire, de la dispense d'inscription. Ne trouve-t-il pas, en effet, dans les dossiers qui lui sont soumis tous les éléments nécessaires pour déterminer le degré de criminalité de l'individu condamné et ses chances d'amendement? Ce ne serait d'ailleurs que l'application des principes puisque, le casier judiciaire étant une véritable peine de même nature que l'affichage, il est naturel que les tribunaux aient, dans chaque cas, la faculté de statuer sur son application. N'ont-ils pas, en vertu de la loi du 26 mars 1891, le pouvoir d'accorder un sursis à l'exécution de la peine, prérogative assurément plus exorbitante que celle qui leur permettrait d'épargner à un coupable intéressant un supplément de pénalité, de nature à compromettre son reclassement? Il faut par conséquent se garder de faire à l'avance un choix de condamnations forcément arbitraire, et réserver au juge le soin de se prononcer après avoir examiné chaque espèce en elle-même.

M. Leveillé va même plus loin. Il fait observer que le condamné, au moment de la prononciation de la sentence, n'a, au point de vue de son amendement, qu'un intérêt assez faible à bénéficier d'une dispense d'inscription, puisque la plupart du temps il va séjourner en prison. Ce condamné, d'autre part, peut produire sur un tribunal une impression peu en rapport avec son caractère, sa moralité véritable. De telle sorte qu'un individu irrémédiablement perverti, grâce à son hypocrite repentir, paraîtra intéressant alors que, très souvent, un inculpé plus malheureux que coupable, mais moins maître de lui, semblera dangereux. Ces illusions fâcheuses, déclare l'éminent professeur, sont la conséquence nécessaire de la brièveté des interrogatoires et de la marche rapide des pro-

cédures. Il faut donc substituer aux juges, en notre matière, des autorités susceptibles de mieux connaître les condamnés parce qu'elles peuvent les observer à loisir. Il faut donner à l'administration pénitentiaire le pouvoir de suspendre l'inscription au casier. Dès lors, le directeur qui, constatant les efforts prolongés accomplis dans sa prison par un condamné repentant, certain que la flétrissure qui, sous la forme du casier judiciaire, l'attend à sa libération, sera, dans l'avenir, le seul obstacle à l'amendement définitif de ce malheureux, prendra l'initiative de la suppression de cette rigueur inutile. Et la faveur de la dispense d'inscription sera ainsi accordée à bon escient, ne risquera plus désormais de profiter à des libérés indignes. Elle sera d'ailleurs exclusivement réservée à des condamnés primaires : d'abord temporaire, elle sera renouvelable et finira, après un temps d'épreuve suffisant, par devenir définitive.

La commission extra-parlementaire, au cours de ses travaux, avait admis, par huit voix contre six, le principe du pouvoir du juge, mais en limitant très étroitement son champ d'application. Dans un vote ultérieur, elle revint sur cette décision et l'article relatif à l'attribution aux tribunaux d'un pouvoir d'appréciation fut, sur la proposition de M. Trarieux, purement et simplement supprimé. A son tour, le Conseil d'Etat, appelé à juger la question, se prononça dans le même sens et, dès lors, l'échec de la proposition de MM. Leveillé et Guillot fut définitif. Cet échec était d'ailleurs à prévoir, étant donné l'esprit général de notre législation qui, ne pouvant bannir l'arbitraire, préfère du moins l'arbitraire de la loi à celui du juge. Les sentences des tribunaux ne présentent pas assez de fixité, d'homogénéité, pour qu'on puisse

leur abandonner la solution d'une difficulté aussi sérieuse. Tel magistrat, partisan de la publicité du casier, ordonnerait régulièrement l'inscription des condamnations qu'il aura contribué à infliger, alors que tel autre, adversaire convaincu de cette mesure qui lui paraît trop sévère et de nature à augmenter les chances de récidive, ne pourra jamais se résoudre à l'appliquer. De telle sorte que le sort d'un inculpé dépendrait des opinions essentiellement différentes que professeraient ses juges en pareille matière. Comme le dit Appleton, « l'unité de mesure serait très variable et un casier vierge pourrait être plus lourdement chargé qu'un casier maculé » (¹).

L'attribution à l'administration pénitentiaire de ce pouvoir que les juges ne sauraient obtenir sans danger, serait-elle un remède aux inconvénients que nous venons de signaler? Nullement. Cette dernière, en effet, sera peut-être mieux renseignée que les tribunaux sur la valeur véritable d'un condamné : elle risquera moins de se prononcer au hasard et offrira plus de garanties d'impartialité. Mais il n'en restera pas moins qu'en confiant à une autorité quelconque la mission de décider de l'inscription au casier, on met du même coup à la merci de cette autorité les honnêtes gens, les patrons, tous ceux enfin qui sont appelés à recourir au casier et dont l'intérêt justifie seul la publication des condamnations.

Il faut donc se résoudre à reconnaître à la loi seule le droit de faire parmi ces condamnations une sélection qui s'impose. Cette solution échappera aux critiques soulevées par les systèmes précédents qui, s'en remettant aux magistrats ou à l'administration pénitentiaire du soin de régler la composition du bulletin de renseignements privés, discréditeront fatale-

(¹) Page 80.

ment ce document. Nous avons examiné plus haut les reproches adressés à ce dernier et qui visent surtout les restrictions qu'il comporte depuis la réforme. En enlevant à ces restrictions toute mesure, en les faisant dépendre, pour ainsi dire, du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal ou d'un fonctionnaire quelconque, on leur imprimait un caractère essentiellement incertain et variable. Dans le système, au contraire, qui, après avoir triomphé devant la Commission extra-parlementaire et le Conseil d'Etat, a été adopté par le Parlement, si l'on peut encore reprocher au bulletin n° 3 d'être incomplet, on ne peut du moins lui reprocher de n'être pas sincère, puisque sa teneur sera invariablement réglée par la loi et que nul n'est censé ignorer les dispositions de cette dernière.

Il subsiste toutefois une difficulté. Quelle sera la base des distinctions qu'établira la loi, le criterium d'après lequel elle classera les condamnations? Il semble, au premier abord, que le procédé le plus logique consisterait à les classer d'après la nature des infractions qu'elles répriment. Le législateur examinerait chaque délit en particulier, puis dresserait la liste soit de ceux qui devront être constatés par une inscription, soit de ceux qui ne devront pas l'être. C'est à ce dernier parti que s'était arrêtée la commission extra-parlementaire. Mais les commissaires chargés de préparer ce travail se convainquirent bien vite des difficultés insurmontables qu'il présentait. Ils ne purent tomber d'accord que sur une vingtaine de cas, alors que la liste à dresser pour être complète aurait dû viser pour le moins une cinquantaine d'articles du code pénal ou des lois spéciales. Renouvelée par le Conseil d'Etat, cette tentative eut le même insuccès. Et dans cette

assemblée, comme auparavant dans la commission extra-parlementaire, il fut décidé que le criterium adopté serait en principe la quotité de la peine, tout autre système conduisant à des impossibilités pratiques ou à des contradictions. C'est suivant cette méthode que fut rédigé par la commission le projet des articles relatifs au bulletin n° 3 dont nous allons maintenant analyser la composition d'après le texte de la loi du 5 août 1899.

Voici quelles sont, d'après cette loi, les décisions qui ne doivent pas, dès l'origine, figurer sur le bulletin n° 3. Nous les diviserons en deux classes que nous étudierons successivement :

a) Décisions qui ne doivent jamais être inscrites.

1° « Les décisions prononcées par application de l'art. 66 du code pénal ».

Cette dispense d'inscription existait déjà avant la réforme, relativement du moins aux bulletins n° 2 délivrés à tous autres qu'au ministère public. Elle découle de la nature même des choses, puisque ces jugements ou arrêts sont de véritables acquittements motivés par le défaut de discernement d'un mineur qui doit être simplement renvoyé dans une maison de correction ou même rendu à ses parents.

2° « Les condamnations effacées par la réhabilitation ou par l'application de l'art. 4 de la loi du 26 mars sur l'atténuation et l'aggravation des peines ».

La réhabilitation dont parle la loi est aussi bien la réhabilitation de droit que la réhabilitation qui résulte d'un arrêt de la cour d'appel.

Lorsqu'un condamné a bénéficié de la loi du 26 mars 1891 et qu'à l'expiration du délai d'épreuve de cinq ans, il se

trouve dans les conditions requises par cette loi pour que la peine soit définitivement remise, la condamnation ainsi encourue ne doit plus être mentionnée sur les extraits délivrés aux particuliers.

3° « Les condamnations prononcées en pays étranger pour des faits non prévus par les lois pénales françaises ».

Il est bizarre que la loi parle pour la première fois de cette classe de décisions. Elle ne les mentionne, en effet, ni à propos du bulletin n° 2, ni même à propos du bulletin n° 1 qui, cependant, est l'unique source du bulletin n° 3. Quoi qu'il en soit, la prescription est formelle. Son application d'ailleurs n'ira pas sans quelques difficultés, comme le fait remarquer la circulaire du 15 décembre 1899 : « L'application de cette règle soulèvera dans la pratique quelques difficultés. La qualification des faits contenus dans les bulletins n° 1 rédigés dans un pays étranger peut ne pas répondre à la définition pénale des mêmes faits, telle qu'elle résulte de notre législation et il ne sera pas toujours facile de reconnaître si l'infraction punie par une juridiction étrangère serait tombée sous le coup de la loi française. Aussi conviendra-t-il d'user d'une grande circonspection lorsqu'il s'agira de mentionner sur un bulletin n° 3 une condamnation étrangère et, dans le doute, il sera préférable de ne pas l'inscrire. Si la question offre quelque importance, la chancellerie pourra être consultée et provoquera, le cas échéant, par la voie diplomatique, l'envoi de renseignements complémentaires.

4° « Les condamnations pour délits prévus par les lois sur la presse à l'exception de celles qui ont été prononcées pour diffamation ou outrages aux bonnes mœurs ou en vertu des art. 23, 24, 25 de la loi du 29 juillet 1881 ».

Ce paragraphe figurait, avec une rédaction un peu différente, dans le projet de la commission extra-parlementaire. La commission du Sénat supprima une partie de la disposition visant les délits politiques en général et ajouta la partie finale relative à la loi du 29 juillet 1881. Le paragraphe fut rejeté en première délibération sur la demande du gouvernement. Mais, rétabli par la commission, conformément à un amendement de M. Bérenger, il fut adopté en deuxième délibération.

En vertu de ce texte, sont dispensées de l'inscription au bulletin n° 3 les condamnations pour délits prévus par les lois sur la presse en général, à l'exception de celles qui sont motivées par les délits de diffamation, d'outrages aux bonnes mœurs, de provocation à des crimes ou délits à l'aide des moyens spécifiés par la loi de 1881, de cris et chants séditieux, de provocation à l'aide de certains moyens spécifiés, adressée à des militaires de terre et de mer dans le but de les détourner de leurs devoirs militaires et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs.

B. Décisions qui ne doivent pas être inscrites tant qu'elles demeurent isolées.

1° « Une première condamnation à un emprisonnement de trois mois ou de moins de trois mois prononcée par application des art. 67, 68 et 69 du code pénal ».

Ces articles visent le cas où un mineur est déclaré avoir agi avec discernement. L'âge devient alors une excuse atténuante qui entraîne une diminution de peine. Comme la faute commise est le plus souvent vénielle, et qu'il importe de favoriser le reclassement d'un libéré trop jeune pour être perdu sans retour, il est préférable de cacher les condamna-

tions de cette nature aux particuliers. C'est ce qui explique comment la dispense d'inscription proposée déjà par la commission extra-parlementaire et acceptée par la commission du Sénat, fut adoptée sans difficulté par le parlement. Mais le maximum de six mois fixé par le projet primitif est réduit à trois mois. Il est d'ailleurs évident que la dispense relative à l'emprisonnement s'applique à plus forte raison à l'amende.

2° « La condamnation avec sursis à un mois ou moins d'un mois d'emprisonnement avec ou sans amende ».

La commission extra-parlementaire avait cru devoir dispenser d'inscription au bulletin de renseignements privés les condamnations à l'emprisonnement et à l'amende inférieures à un maximum déterminé et prononcées pour délits autres que le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'attentat aux mœurs, le délit prévu par l'art. 400 du code pénal. Plus tard la commission sénatoriale avait maintenu ce paragraphe, mais en subordonnant la dispense d'inscription à cette circonstance que le sursis de la loi du 26 mars 1891 aurait été obtenu. Le texte ainsi modifié fut, sur les instances de M. Bérenger et malgré l'opposition du gouvernement, adopté par le Sénat en première délibération. Il n'offrait pas de danger sérieux puisqu'il était inapplicable aux condamnations prononcées pour les délits réellement graves. Il avait en outre le mérite d'être conforme aux principes, puisque le casier judiciaire ne doit contenir que des condamnations définitives et que comme le dit M. Bérenger, une condamnation prononcée avec sursis n'est pas une condamnation définitive, mais une condamnation essentiellement conditionnelle qu'il dépend du condamné de faire tomber. La commission sénatoriale crut devoir, dans l'intervalle qui sépara la première délibération

de la seconde, modifier le texte que nous venons d'examiner pour lui donner une forme plus compréhensive. Cette modification n'était pas heureuse et l'on ne peut que regretter son adoption par le Sénat puisque, suivant la remarque de M. Guibaud de Luzinais, « nul désormais ne pourra avoir la certitude qu'il n'a pas chez lui un voleur ou un escroc ». Quoi qu'il en soit, le texte est formel et dispense d'inscription toute condamnation à un mois ou moins d'un mois d'emprisonnement avec ou sans amende d'abord, et ensuite toute condamnation avec sursis à une amende, quel qu'en soit le montant. Avant la loi de 1899, de telles condamnations n'eussent cessé de figurer sur le bulletin de renseignements délivré aux particuliers qu'après l'expiration du délai de cinq ans sans qu'il en fût intervenu de nouvelle. Désormais la dispense d'inscription sera immédiate.

3° « Les déclarations de faillite, si le failli a été déclaré excusable par le tribunal ou a obtenu un concordat homologué, et les déclarations de liquidation judiciaire ».

La permanence de la dispense d'inscription au bulletin n° 3 est bien différente, suivant qu'il s'agit des condamnations de la première classe ou de celles de la deuxième. L'art. 9 de la loi déclare que « en cas de condamnation ultérieure pour crime ou délit à une peine autre que l'amende, le bulletin n° 3 reproduit intégralement les bulletins n° 1, à l'exception des cas prévus par les paragraphes 1, 2, 3, 4, de l'art. 7 ». Par conséquent, les décisions comprises dans le premier des groupes que nous avons étudiés ne seront jamais divulguées quoi qu'il arrive. Pour celles au contraire qui appartiennent au second, la dispense n'est en quelque sorte que conditionnelle et provisoire.

Le bulletin n° 3 est établi sur un modèle à peu près semblable à celui du bulletin n° 2. Mais il ne mentionne pas la date des mandats de dépôt et le papier employé, fort et de bonne qualité, doit être gris-bleu. Les formalités relatives à sa délivrance sont à peu près les mêmes que lorsqu'il s'agit d'un bulletin n° 2. Les demandes, adressées au procureur de la République compétent, sont transmises par celui-ci au greffier qui procède comme nous l'avons indiqué dans la section précédente. Le bulletin n° 3 dressé sera soumis à la vérification du procureur de la République puis, revêtu du visa de ce magistrat, parviendra à son destinataire par les soins du greffier. Lorsque le casier judiciaire sera vierge ou qu'il n'existera aucune condamnation de nature à figurer sur le bulletin n° 3, ce dernier devra être oblitéré par une barre transversale qui remplacera la mention « néant » dont en pareille circonstance on revêt les bulletins n° 2.

Nous avons déjà signalé les circulaires de la Chancellerie des 14 août et 6 décembre 1876 qui interdisaient la délivrance d'extraits à tous autres particuliers que le titulaire du casier lui-même. Cette prohibition fut formulée encore plus énergiquement par deux circulaires, en date du 4 décembre 1884 et du 8 janvier 1890. Et la loi du 5 août 1899 l'a confirmée en garantissant son observation par des sanctions que nous examinerons plus tard. Elle exige en outre, pour la formation d'une demande de bulletin n° 3, l'accomplissement de formalités de nature à prévenir toute indiscrétion ou toute fraude. Cette demande en effet ne pourra être faite que par lettre signée de la personne que concerne le casier désigné et précisant l'état civil de celle-ci. Si cette personne ne sait ou ne peut signer, il faudra produire une attestation du maire ou

du commissaire de police constatant l'impossibilité de signer et déclarant que c'est bien sur l'initiative de l'intéressé que la demande est faite. Il faut observer, toutefois, que la légalisation de la signature, malgré son incontestable utilité, n'est pas exigée en raison des retards et des frais qu'elle occasionnerait.

L'émolument des greffiers, relativement au bulletin n° 3, est de 0 fr. 25 pour droit de recherche, 0 fr. 50 pour droit de rédaction, 0 fr. 25 pour droit d'inscription au répertoire. De telle sorte que le prix de ce bulletin, en comptant les droits d'enregistrement, 0 fr. 20, et les décimes, s'élève à une somme de 1 fr. 25, qui doit être déposée en même temps que la demande. Quant aux extraits délivrés par le casier central, le montant en est perçu par l'intermédiaire des greffiers.

CHAPITRE III

DE LA PRESCRIPTION DU BULLETIN N° 3

Si les adversaires de la publicité du casier judiciaire avaient obtenu gain de cause, si la loi du 5 août 1899 avait proclamé le principe de la clandestinité absolue au lieu de consacrer dans son art. 6, sous le nom de bulletin n° 3 l'existence d'un extrait destiné aux particuliers, la question que nous allons aborder maintenant ne se fût pas posée. Elle naquit en effet de l'adoption par la commission extra parlementaire de la solution transactionnelle exposée dans le chapitre précédent. Le casier restait ouvert au public, au moins indirectement, grâce à la création d'un bulletin spécial. Il fallait donc, sous peine de laisser la réforme inachevée, se prononcer sur la durée de l'inscription des condamnations que relèverait ce bulletin.

Or, sous le régime des circulaires, cette durée était perpétuelle. Le bulletin n° 2 délivré aux particuliers et correspondant au bulletin n° 3 nouveau devait relever les condamnations constatées au casier jusqu'à l'intervention d'une amnistie ou de la réhabilitation. En dehors de ces deux dernières ressources, le condamné n'avait aucun espoir d'échapper à la réprobation que faisait peser sur lui l'éternelle divulgation de sa faute. C'était là une disposition rigoureuse et peu en harmonie avec les principes fondamentaux de notre droit.

Comme le disait M. Bérenger au Sénat dans la séance du 8 décembre 1898 : « Tout se prescrit en ce monde ; l'action publique elle-même se prescrit. Un assassin, inculpé de ce genre de crime dans ce qu'il a de plus odieux, un assassin qui a tué pour voler ou pour violer, si pendant dix ans il déjoue les recherches de la justice peut se représenter dans son pays : personne n'a le droit de mettre la main sur lui : il ne peut pas être repris. La prescription va jusque là....., la prescription peut tout couvrir. Le casier judiciaire sera-t-il la seule chose qu'elle n'atteindra pas ? Comment la peine, comment l'action publique elle-même se prescriront et la mention de la condamnation seule restera imprescriptible »!

Une réforme s'imposait et sa nécessité apparut clairement à la commission extra-parlementaire qui n'hésita pas à repousser la permanence indéfinie de l'inscription des condamnations, mais en ce qui concerne le bulletin n° 3 seulement.

Elle décida qu'à l'avenir les décisions de nature à être relevées sur ce bulletin cesseraient d'y figurer après l'expiration d'un délai, variant suivant leur gravité. Et cette disposition du projet, malgré un vœu défavorable du Conseil d'Etat qui se prononça par sa suppression, fut, en principe du moins, et sous les modifications que nous indiquerons bientôt, adoptée sans difficulté par le parlement. Elle a été développée par la loi du 5 août 1899 dans l'art. 8 qui règle comme il suit la prescription relative au bulletin n° 3.

Cessent d'être inscrites au bulletin n° 3 délivré au simple particulier :

1° « Un an après l'expiration de la peine corporelle ou le paiement de l'amende, la condamnation unique à moins de six jours de prison ou à une amende ne dépassant pas 25 fr.

ou à ces deux peines réunies, sauf le cas où ces condamnations entraîneraient une incapacité civile ou politique ».

Ce paragraphe ne figurait pas dans le projet soumis au Sénat. Il est né d'un amendement proposé par M. Thézard, qui fit remarquer que le texte rédigé par la commission ne faisait pas, entre les peines véritablement sérieuses et certaines peines très légères se rapprochant des peines de police, une distinction qui s'imposait cependant. Le moindre délai prévu s'élevant à cinq ans alors que l'équité et l'intérêt de la société commandent d'établir « sinon une pente unie et absolument harmonique, tout au moins des degrés étagés de proche en proche et qui correspondent à la gravité respective des situations » ([1]). Cet amendement, adopté en première délibération, fut définitivement introduit en deuxième délibération dans le texte de la loi, mais avec une légère modification résultant de l'addition du mot « unique » qui ne figurait pas dans la rédaction primitive. De telle sorte que seuls les condamnés primaires pourront bénéficier de cette prescription rapide. Il faudra d'ailleurs appliquer ici la règle en vigueur en matière de rélégation et décider que pour qu'il y ait pluralité de condamnation entraînant la privation de dispense, il faut non seulement qu'il existe deux condamnations, mais encore que la plus récente ait été prononcée pour un fait postérieur à la date où la première est devenue définitive. La condamnation à la prison est la seule peine corporelle visée, ce qui, chose regrettable, exclut certaines condamnations à des peines spéciales corporelles, prononcées par les tribunaux maritimes.

([1]) Séance du vendredi 9 décembre 1898, au Sénat.

Même lorsqu'elles sont uniques, les condamnations qui entraînent une incapacité civile ou politique ne bénéficient pas de la disposition de l'article 8-1°, ce qui restreint singulièrement la portée de ce dernier. En effet, toute condamnation à la prison, pour quelque motif que ce soit, même pour les délits politiques ou de presse, rend le condamné incapable d'être juré pour cinq ans à partir de l'expiration de la peine (loi du 21 nov. 1879, art. 2, 11°). Quant aux condamnations à l'amende, elles entraînent assez fréquemment des incapacités de cette nature. C'est ainsi que sont incapables d'être inscrits sur les listes électorales, les individus convaincus d'avoir tenus des maisons de jeux de hasard, de prêt sur gage ou nantissement ou condamnés pour usure, vagabondage, mendicité. Sont incapables d'être jurés ceux qui ont encouru une condamnation à l'amende pour excitation de mineurs à la débauche, abus des besoins d'un mineur, abus de blanc-seing, escroquerie, abus de confiance, vol, soustraction commise par un dépositaire public, détournement de pièces produites dans une contestation judiciaire, outrage public à la pudeur, outrage aux mœurs. On voit par ce tableau toute l'importance de la restriction contenue dans la partie finale du paragraphe 2, restriction motivée par le caractère des condamnations visées qui présentent toujours une certaine gravité.

Le délai d'un an partira, non du jour où le jugement aura été prononcé, mais de celui de l'expiration de la peine corporelle, soit qu'elle ait été intégralement subie, soit que sa durée ait été réduite d'un quart par application de la loi du 5 juin 1875, ou du paiement de l'amende. La contrainte par corps en cas d'amende, la grâce totale ou partielle au cas d'amende ou d'emprisonnement font également courir le délai

à la différence de la prescription qui, conformément aux principes, n'aurait pas le même effet. Si la peine corporelle et l'amende ont été prononcées cumulativement, le délai courra du jour où ces deux peines auront été complètement exécutées. Lorsque le condamné aura bénéficié de la libération conditionnelle, ce ne sera pas la date de cette libération mais la date correspondant à l'expiration de la peine en elle-même et abstraction faite de la faveur obtenue, qui fixera le point de départ du délai.

2° « Cinq ans après l'expiration de la peine corporelle ou le paiement de l'amende, la condamnation unique à six mois ou moins de six mois de prison ou à une amende ainsi qu'à ces deux peines réunies ».

Les règles relatives au point de départ du délai de cinq ans et au calcul de sa durée sont les mêmes que celles qui nous avons exposées au sujet du paragraphe précédent. Le terme prison employé par la loi a la même signification restreinte.

3° « Dix ans après l'expiration de la peine, la condamnation unique à une peine de deux ans ou moins de deux ans ou les condamnations multiples dont l'ensemble ne dépasse pas un an ».

Dans le projet soumis au Sénat par la commission au cours de la première délibération, la finale de ce paragraphe n'existait pas. Le bénéfice de la prescription après le délai indiqué était exclusivement réservé aux condamnés primaires. M. Bérenger proposa un amendement qui avait précisément pour but de réparer cette lacune de nature à entraîner des conséquences injustes. « Ce que vous faites, disait-il, en s'adressant au Sénat, pour l'individu qui n'a subi qu'une

peine, mais une peine très grave, n'y a-t-il pas injustice à le refuser à l'individu qui peut avoir subi plusieurs peines mais des peines très légères » (1)? M. le garde des sceaux Lebret combattit vivement cette proposition qu'il réussit une première fois à faire rejeter en faisant observer qu'il « fallait distinguer entre le délinquant primaire qui a commis une faute unique et le délinquant d'habitude dont le retour au bien n'est pas en conséquence aussi certain, et qu'au surplus ce dernier n'est jamais irrémédiablement flétri puisque s'il s'est bien conduit, s'il a travaillé, s'il est, en un mot, digne de reconquérir ses droits, il pourra s'adresser à la justice pour obtenir la réhabilitation après examen de sa situation spéciale ». Mais en deuxième délibération, l'addition proposée par M. Bérenger, ainsi conçue : « Dix ans après... la condamnation unique... ... ou les condamnations multiples dont l'ensemble ne dépasse pas un an » fut, après une brillante discussion, définitivement adoptée.

La formule employée par le n° 3 de l'art. 8 est plus compréhensive que celle du paragraphe précédent : la loi parle d'une condamnation à une peine égale ou inférieure à deux ans sans définir cette peine. Le bénéfice de cette disposition sera donc applicable aux peines spéciales des codes militaires et maritimes. Ajoutons qu'il est indifférent qu'une amende ait été prononcée accessoirement ; la loi ne subordonne pas à l'absence de cette circonstance l'application de la prescription et n'envisage que la peine principale.

La loi ne spécifie pas non plus la nature des condamnations visées par les derniers mots du paragraphe, de telle sorte

(1) Séance du vendredi 9 décembre 1878 au Sénat.

qu'il n'y a ici non plus aucune distinction à faire entre les diverses peines corporelles. Et les travaux préparatoires prouvent que la disposition s'applique également à l'amende puisque cette peine a été plusieurs fois nommée par M. Bérenger dans les explications qu'il donnait au Sénat pour démontrer l'injustice qu'il y aurait, même en cas de pluralité de condamnations, à priver impitoyablement un individu de la faveur de la prescription.

Le point de départ, le mode de calcul du délai de dix ans sont réglés de la même façon que pour les alinéas précédents. Les prescriptions relatives à ces divers points sont en effet générales : elles s'appliquent également au quatrième cas de prescription que voici.

4° « Quinze ans après l'expiration de la peine, la condamnation unique supérieure à deux ans de prison ».

Cette disposition concerne : la peine d'emprisonnement supérieure à deux ans, la réclusion, la détention, les travaux forcés à temps, la peine des travaux publics pour une durée supérieure à deux ans, la privation de commandement, que ces peines aient été prononcées en vertu du code pénal, ou, comme cela a toujours lieu, pour les deux derniers, en vertu des codes de justice militaire ou de justice maritime.

Quant aux peines perpétuelles, elles demeurent en dehors des termes de la loi. L'intervention de la grâce, quoique équivalant en vertu de ce même article 8 à l'exécution de la peine, ne fera même pas courir la prescription, car elle ne saurait effacer le caractère perpétuel de la condamnation qui entraîne la permanence de l'inscription au bulletin n° 3.

Dans les quatre cas de prescription que nous venons d'étudier, la prononciation d'une condamnation nouvelle, même

à l'amende si minime fût-elle, pendant la durée du délai, entraînera la privation de la faveur de l'art. 8, puisque la première condamnation ne sera plus unique. Il n'y a exception que dans la situation prévue par la finale du n° 3.

En outre l'art. 9 déclare qu'en cas de condamnation ultérieure pour crime ou délit à une peine autre que l'amende, le bulletin n° 3 reproduira intégralement les bulletins n° 1 à l'exception des cas que nous avons déjà signalés en étudiant l'art. 7. Ici il s'agit uniquement de condamnations survenues après la date de l'expiration des délais de prescription du bulletin n° 3, c'est-à-dire après que le bénéfice de la non inscription a été déjà acquis. Et, à la différence de ce qui a lieu pendant la durée du délai, l'amende ne fait plus perdre ce bénéfice. Elle est exceptée par le législateur. Les mots « pour crime ou délit » ont été, sur une observation de M. Bérenger, ajoutés dans le but de préciser la portée de la disposition et d'exclure les contraventions de police, précaution inutile d'ailleurs, puisque la loi est absolument étrangère à cette classe d'infractions dont elle ne fait état nulle part.

C'est en combinant les prescriptions contenues dans les art. 7, 8 et 9 de la loi du 5 avril 1899 que les greffiers devront rédiger les bulletins n° 3 ([1]). Ils seront avisés de la date de

([1]) Il faut observer qu'en vertu de l'article 12 de la loi du 5 août 1899 « l'étranger n'aura droit aux dispenses d'inscription sur le bulletin n° 3 que si dans son pays d'origine, une loi ou un traité réserve aux condamnés français des avantages analogues ». La suppression de cette disposition avait été proposée par le Conseil d'Etat. « Les lois pénales dit dans son rapport M. le Conseiller d'Etat Jacquin, sont essentiellement territoriales. Elles s'appliquent aussi bien aux étrangers qu'aux régnicoles. Aussi bien, le bulletin n° 3 ne différant pas sensiblement des bulletins originaux, la question ne présente guère d'intérêt sérieux. On restera toujours suffisamment armé contre les étrangers par le droit d'expulsion. Aucune raison ne milite en faveur d'une distinction entre les étrangers et les Français au point de vue

l'expiration de la peine corporelle et du paiement de l'amende par l'administration pénitentiaire et les agents du Trésor; ces divers renseignements devront être relevés au fur et à mesure de leur transmission sur les bulletins n° 1 des intéressés. Quant à ceux qui avaient exécuté leur peine avant la promulgation de la loi, il leur appartiendra, dit la circulaire du 15 décembre 1899, de justifier qu'ils ont satisfait aux conditions exigées par les divers textes. On ne saurait en effet entreprendre de compléter en remontant dans le passé l'ensemble des bulletins n° 1 accumulés dans les greffes. Les intéressés devront donc prouver le paiement de l'amende par la production de la quittance délivrée. Dans le cas où cette preuve ferait défaut et dans toutes les hypothèses où il s'agit d'une autre peine, les parquets devront leur prêter leur concours en procédant à une enquête. Et les bulletins n° 1 correspondants seront complétés au fur et à mesure à l'aide de ces renseignements et de ces justifications.

des indications à fournir par le casier ». L'avis défavorable du Conseil d'Etat, ne put empêcher l'adoption de cette disposition, qui, ainsi que le remarque M. Albert Maulmond dans les *Lois nouvelles*, ne donna même lieu à aucune discussion dans le sein du Sénat.

CHAPITRE IV

DE LA RÉHABILITATION DE DROIT

« On ne saurait, dit M. Garraud, contester au pouvoir social le droit de relever les condamnés qui ont subi leur peine des conséquences mêmes de la condamnation ». Si le droit de punir, en effet, trouve son fondement non seulement dans la justice absolue mais encore dans l'utilité sociale, il doit, pour rester légitime, ne s'exercer que dans la mesure de la nécessité de la conservation, de la défense de la société. Or l'intérêt de cette dernière exige impérieusement que le coupable qui aura subi son châtiment, qui aura donné des marques de repentir, d'amendement, n'encoure pas une flétrissure éternelle, mais puisse, au contraire, réparer entièrement sa faute et, cessant de constituer un danger pour l'ordre et la tranquillité publiques, rentrer dans les rangs des honnêtes gens. Il faut que le condamné qui lutte pour redevenir honnête puise un encouragement dans l'espoir d'effacer radicalement son passé, car suivant les paroles de Bentham « celui qui n'aura pas l'espoir de renaître à l'honneur, renaîtra difficilement à la vertu » (1).

Ces principes n'ont pas été méconnus par notre législation; ils ont donné naissance à une institution que l'on dési-

(1) *Traité de la législation civile et pénale*, 1801.

gne sous le nom de réhabilitation et qui vient d'être réorg
nisée par la loi du 14 août 1885 légèrement modifiée par
loi du 10 mars 1898. La réhabilitation peut être demand
par tout condamné à une peine afflictive ou infamante ou
une peine correctionnelle. Le demandeur devra, en princi
du moins, avoir résidé dans le même arrondissement depu
trois ou cinq ans suivant qu'il aura encouru une peine corre
tionnelle ou criminelle et, en toute hypothèse, depuis les de
dernières années dans la même commune. Une enquête de
tinée à vérifier si l'impétrant se trouve dans les conditio
requises précède toujours la réhabilitation. Cette enquête
confiée au procureur de la République de l'arrondisseme
du domicile de l'intéressé. Ce magistrat réclame des mai
des diverses communes où le condamné a résidé une attes
tion faisant connaître sa conduite, ses moyens d'existenc
pendant son séjour, la durée de ce séjour. Les juges de pa
préfets et sous-préfets compétents et même, en certains ca
les patrons ou chefs d'administrations qui ont employé
demandeur, sont également consultés. Nous aurons bientô
apprécier l'opportunité et les conséquences de cette enquê
mais notons, dès maintenant, que la loi du 14 août 188
atténué l'un de ses plus graves défauts en retirant au cons
municipal réuni, pour le confier au maire seul, l'octroi
certificat de résidence et de moralité. Telle est la phase adm
nistrative de la réhabilitation. La phase judiciaire se dérou
devant la chambre des mises en accusation qui statue p
arrêt, contradictoirement avec l'inculpé, et à huis-clos sur
demande. Si la réhabilitation est prononcée, elle aura po
effet d'effacer la condamnation et de faire cesser pour l'aven
toutes les incapacités qui en résultaient. Le condamné réh

bilité recouvrera le plein exercice de ses droits civils et politiques.

Reste à savoir si la procédure de la réhabilitation, même depuis les réformes de 1885, n'offre pas pour le malheureux qui la demande les plus graves inconvénients, à cause des indiscrétions provoquées par l'enquête nécessaire, et du bruit fait autour de cette vieille condamnation que l'on exhumera du passé, pour l'effacer définitivement, il est vrai, mais qui n'en sera pas moins rappelée au souvenir de tous. Le résultat ne sera-t-il pas, comme le dit Faustin-Hélie « de flétrir l'homme dont on veut effacer la flétrissure » (1)? Certes, si l'individu qui vient de purger sa peine pouvait immédiatement demander à être réhabilité, il n'aurait jamais d'hésitation. Pourquoi craindre, en effet, de divulguer une faute que tout le monde connaît parce qu'elle ne date que de quelques mois, de quelques jours peut-être? Mais trois ou cinq années doivent s'écouler avant que le condamné puisse introduire une instance en réhabilitation. Par son travail, sa bonne conduite, la dignité de sa vie, il aura réussi à retrouver cette considération dont l'avait privé sa condamnation. Peut-être, à sa sortie de prison, au lieu de rentrer dans son pays, se sera-t-il fixé dans un lieu où, inconnu de tous, il jouit malgré ses antécédents de l'estime générale. Comment ne pas reconnaître que, la plupart du temps, cet homme ne pourra se résoudre à compromettre irrémédiablement une situation si chèrement acquise? Le pouvoir social est disposé à lui accorder le pardon; il suffit pour l'obtenir de remplir une simple formalité, mais le malheureux sait que l'opinion publique ne par-

(1) Page 59.

donne jamais, que sa réhabilitation légale donnera le signa d'une tempête de médisances et parfois de calomnies dirigée contre son honneur désormais suspect. Il préfère, dès lors, à cette réhabilitation hypothétique, sa tranquillité immédiat et s'abstient d'introduire toute demande.

Cette situation déplorable avait été exposée dans le sei de la commission extra-parlementaire par l'honorable M. Bé-renger. La question se posa notamment dans les séances de 30 juillet 1890 et 13 février 1891. Mais la commission juge qu'en abordant cette discussion elle sortait de son programm et ce ne fut que dans la séance du 28 février 1891, que sur l demande de M. Fallières, garde des sceaux, elle résolut d'exa-miner à fond la question de la réhabilitation. Or cette institu-tion, depuis la loi du 14 août 1885, ne comporte guère plu d'améliorations : il est impossible de simplifier encore le formalités requises : on a réduit au minimum les garantie indispensables pour que la justice ne prononce pas au hasard C'est là un fait suffisamment démontré par l'ensemble de travaux préparatoires de la loi de 1885 et qui, du reste, avai été signalé à la commission du casier judiciaire, par M. Béren-ger, dans la séance du 6 février 1891. Suivant sa prédiction les efforts de la commission pour élaborer une réforme nou-velle échouèrent piteusement, et elle dut conclure par un rap-port négatif.

L'honorable sénateur reprit pour son compte cette œuvr si compromise. Et lorsque le projet vint en discussion devan le Sénat, il prononça contre la réhabilitation judiciaire e formaliste un véritable réquisitoire, en produisant à l'appu de ses assertions un grand nombre de lettres récemmen adressées à des sociétés de patronage. Certaines dévoilen

des situations particulièrement douloureuses, entre autres celle que voici reproduite : « 1er juin 1898. Condamnation à deux mois de prison en 1875, il y a 23 ans. Depuis 17 ans, j'habite le même quartier et pendant la période électorale des amis faisant partie d'un comité se sont étonnés que je ne figurasse pas sur les listes électorales. Espérant qu'après vingt-trois ans, je pourrais facilement régulariser cette situation, je suis allé vendredi dernier au parquet, où il m'a fallu devant plusieurs personnes étaler ma honte. On m'a dit qu'il fallait adresser une requête avec tous les détails, que cette requête passerait dans les bureaux de la mairie de mon arrondissement, puis chez le commissaire de police et enfin chez le juge de paix. J'ai fait remarquer que la réhabilitation qu'on m'offrait dans ces conditions serait plus déshonorante que le *statu quo*. On n'habite pas un quartier dix-sept ans sans avoir de relations. Je suis justement connu à la mairie. Il est bien dur, quand on a les cheveux blancs, d'avoir à faire des démarches. Et le malheureux, ajoute M. Bérenger, a renoncé à la réhabilitation qui est effrayante à demander pour ceux qui, frappés par la justice, n'ont pas eu leur condamnation publiée par les journaux. Ils subissent leur condamnation ignorée de tous et tâchent, en travaillant, en vivant honnêtement, de reprendre leur place dans la société. S'ils demandent leur réhabilitation, une enquête a lieu : un agent maladroit divulgue le but de ses questions et ce secret que le malheureux voulait cacher à tous se propage dans son quartier et il est perdu ».

Pour remédier à ces maux, M. Bérenger, convaincu ainsi que nous le disions tout à l'heure de l'impossibilité de simplifier encore la procédure réglée par la loi du 14 août 1885, préconise la création d'une institution analogue à la prescrip-

tion du bulletin n° 3. Après un certain temps d'épreuve, dix, quinze, vingt ans, suivant la gravité de la faute, la condamnation encourue par l'individu qui s'est amendé, disparaîtra. La loi, à l'expiration d'un certain délai, dispensait cette condamnation de l'inscription sur le bulletin de renseignements délivré aux particuliers, mais en la laissant subsister quant à ses effets généraux. Elle complètera cette première mesure, suivant une progression logique, en effaçant dans la suite, après un délai sensiblement plus long que le premier, cette condamnation elle-même et toutes les incapacités ou déchéances qu'elle a fait naître dans la personne du condamné. Ce dernier, lorsque les délais requis seront écoulés, n'aura donc plus à introduire cette demande qui provoquait une enquête redoutée; il sera dispensé de toute démarche humiliante et bénéficiera par le seul fait de sa bonne conduite prolongée durant un temps variable, de la mesure désignée par M. Bérenger sous le nom de réhabilitation de droit.

Cette proposition de l'honorable sénateur a été vivement critiquée. On l'a accusée de mettre sur le même pied le condamné vraiment repentant qui mène, à sa sortie de prison, une vie exemplaire et celui qui se contente de vivre en marge du code, exerçant toutes sortes de métiers inavouables mais avec assez d'habileté ou de bonheur pour ne pas retomber sous le coup de la loi. Avec cette sorte de prescription aveugle, on ne saura jamais si l'individu réhabilité était digne de l'être. « La réhabilitation demandée et méritée, voilà le stimulant le plus énergique à l'amendement du condamné ».

D'ailleurs, ajoutent les adversaires de la proposition de M. Bérenger, la procédure de la réhabilitation judiciaire n'est pas, tant s'en faut, aussi indiscrète qu'on veut bien le dire.

Une enquête est obligatoire, il est vrai : mais cette enquête ne ressemble nullement à celle à laquelle il est procédé lorsqu'il s'agit, par exemple, d'instruire une affaire criminelle ou correctionnelle. Bien loin de revêtir le même caractère de publicité, elle se réduit à une correspondance échangée entre le procureur de la République, le maire, le préfet, le sous-préfet, le juge de paix compétents. Et, surtout dans les grandes villes, il arrivera très souvent que le demandeur en réhabilitation sera complètement inconnu de ces divers fonctionnaires jusqu'au jour de la demande ! Que lui importe dès lors de voir sa condamnation divulguée à un petit nombre de personnages officiels qui, aussitôt les pièces établies et transmises, oublieront jusqu'au nom de l'individu qu'elles concernent ? Même dans les campagnes, l'enquête préalable à la réhabilitation aura rarement les effets désastreux qu'on lui prête. S'il est en effet plus difficile de la tenir secrète dans ce milieu, la crainte de voir une pareille formalité réveiller le souvenir d'une condamnation oubliée serait illusoire. Dans les petites localités, chacun connaît l'histoire intime de son voisin et n'a garde d'en oublier les détails.

La rareté des demandes en réhabilitation ne doit donc pas être attribuée uniquement aux inconvénients de la procédure en usage. Beaucoup de condamnés ne cherchent pas à profiter de la réhabilitation parce qu'ils ignorent jusqu'à son existence. S'ils connaissaient ses conditions et surtout ses effets, s'ils savaient que les frais à exposer pour l'obtenir sont à peu près nuls, leurs hésitations seraient facilement vaincues. Il faut reconnaître cependant qu'il y a un certain nombre d'individus qui, sachant parfaitement qu'ils peuvent obtenir leur réhabilitation, se préoccupent fort peu de la demander. Ce

sont tous ceux, et ils sont nombreux, nous le savons déjà, qui l'on ne demande jamais un extrait de leur casier judiciaire, c'est-à-dire les terrassiers, les mineurs, les ouvrier agricoles par exemple. N'ayant guère à souffrir de la priva tion de droits que leur a enlevés leur condamnation, ils s'abs tiennent de s'imposer le moindre dérangement pour recouvre un bien qui ne saurait le plus souvent améliorer leur condition

On ne saurait faire un grief à la réhabilitation judiciair de l'apathie, de l'indifférence de ceux qui sont appelés à pro fiter de ces bienfaits. Elle ne mérite pas les reproches qu'o lui adresse; elle a fait ses preuves depuis que la loi de 188 l'a mise à la portée de tous. Il ne faut donc pas, dans le bu de remédier à des maux imaginaires, courir à un danger cer tain en créant une seconde réhabilitation, la réhabilitation d droit, essentiellement injuste et aveugle, puisqu'elle ser fondée uniquement sur l'expiration d'un délai, en dehors d tout examen sérieux de la conduite du condamné.

Ces considérations n'ont pu empêcher le triomphe de l proposition de M. Bérenger. Et il faut se féliciter de ce résul tat qui réalise un véritable progrès dans une des parties le plus importantes de notre droit pénal. Il n'est pas vrai, e effet, que la mesure préconisée par l'honorable sénateur so de nature à profiter indifféremment au condamné vraimen repentant et à celui qui ne s'est amendé qu'en apparence Cet argument pourrait avoir quelque valeur si les délai requis étaient de moindre durée. Mais ils sont au contrair fort longs. Et dès lors ce sera « non pas la prescription auto matique, brutale, qui intervient quelle qu'ait été la conduit de l'individu, par le seul fait de l'expiration de la durée d temps prescrite par la loi, mais la prescription méritée pa

dix, quinze ou vingt ans d'épreuve, suivant les cas, la prescription récompense de la bonne conduite [1].

On prétend que la réhabilitation judiciaire suffit parfaitement; que dans la plupart des cas d'ailleurs, elle est conduite avec toute la discrétion désirable et que rarement un condamné a lieu de craindre que l'introduction de sa demande lui occasionne un ennui, une humiliation quelconque. D'accord. Mais il n'en est pas moins vrai que, même en admettant, ce qui n'est pas prouvé, que la loi de 1885 offre, au point de vue de la discrétion de la procédure, toutes les garanties désirables, il est juste d'offrir une autre ressource à l'homme qui, pour une raison quelconque, redoute malgré tout d'affronter cette procédure. Cette ressource ce sera la réhabilitation de droit : le condamné pouvait, après l'expiration d'un délai assez bref, demander et obtenir la réhabilitation ordinaire, mais il ne peut se résoudre à remplir les formalités nécessaires. Cette hésitation ne le privera pas à tout jamais, comme jadis, des droits enlevés par la condamnation : il devra seulement attendre plus longtemps et finira par bénéficier d'une réhabilitation dégagée de tous ces préliminaires qui l'épouvantaient.

La nouvelle institution ne fera pas disparaître l'ancienne. Elles auront chacune leur sphère d'action propre et se compléteront mutuellement. « La société ne doit pas être implacable : ce ne serait ni dans son intérêt, ni dans celui de la justice, et rien n'est plus moralisateur, quand la peine a été subie et la faute expiée, que de proclamer le pardon ». Mais ce pardon généreusement offert, beaucoup le refusaient par

[1] Séance du jeudi 8 décembre 1899.



ignorance, négligence ou fausse honte. Il faut, dès lors, que la société, plus clairvoyante que l'intéressé lui-même, l'impose à ce dernier. Il faut que le pardon devienne d'ordre public.

Et d'ailleurs, comme le faisait remarquer M. Bérenger au Sénat, dans la séance du jeudi 8 décembre 1898, peut-on parler d'innovation, de nouveauté dangereuse? « C'en eût été une en effet avant la loi du 26 mars 1891 sur le sursis. Mais aujourd'hui ce n'est plus qu'une application nouvelle du principe posé par cette loi. Cinq ans passés sans condamnation nouvelle après un sursis obtenu non seulement délivrent de l'exécution de la peine, mais produisent la réhabilitation de droit. Voilà le principe entré alors dans nos lois.

La proposition nouvelle n'en est que le légitime développement. Les peines seront souvent plus graves, dira-t-on. C'est possible, mais l'expiation sera plus longue : dix, quinze, vingt ans. Pouvait-on faire figurer dans une loi sur le casier judiciaire une disposition relative à la réhabilitation de droit? La question a été vivement discutée. Malgré les instances de M. Bérenger, la commission sénatoriale se prononça tout d'abord pour la négative, et M. Jules Godin, rapporteur, expliquant les motifs de cette opinion dans la séance du 8 juillet 1898 disait : « La loi sur la réhabilitation existe : ce sont les articles du code d'instruction criminelle qui en règlent les dispositions. Si M. Bérenger veut déposer une proposition de loi, le Sénat l'examinera ; mais nous, commission du casier judiciaire, nous n'avons pas qualité pour traiter cette question, et nous croyons que le Sénat fera sagement en l'écartant » (1). Cependant, dans l'intervalle qui sépara la première

(1) Séance du 8 juillet 1898.

séance de celle du jeudi 8 décembre 1898, la proposition concernant la réhabilitation de droit finit, après de nouveaux efforts de la part de M. Bérenger et sur l'avis favorable du garde des sceaux, par être insérée dans le projet de la commission. Cela, du reste, paraît assez logique, puisque cette réhabilitation est fondée sur le même principe que la prescription du bulletin n° 3, c'est-à-dire sur l'expiration, sans qu'il soit intervenu de condamnation nouvelle, d'un délai variable suivant la gravité des peines encourues. Il s'établit ainsi, entre les dispositions de l'art. 8 et celles de l'art. 10 de la loi du 5 août 1899, une sorte de gradation parfaitement naturelle.

Voici ce que décide l'art. 10, §§ 1 et 2 : « 1° Lorsqu'il se sera écoulé dix ans dans le cas prévu par l'art. 8-1° et 2°, sans que le condamné ait subi de nouvelles condamnations à une peine autre que l'amende, la réhabilitation lui sera acquise de plein droit; 2° Le délai sera de quinze ans dans le cas prévu par l'art. 8-3°, et de vingt ans dans le cas prévu par l'art. 8-4° ».

Le point de départ de ces divers délais sera le même que pour la prescription du bulletin n° 3, c'est-à-dire qu'ils courront du jour de l'expiration de la peine corporelle ou du paiement de l'amende. Ici encore, la grâce ou la contrainte par corps seront considérées comme équivalentes et feront courir les délais à la différence de la prescription qui n'aurait pas le même effet. Lorsque la libération conditionnelle a été accordée, le délai courra non pas à partir de la date de cette mesure, mais à partir du jour de l'expiration intégrale de la peine.

Le texte de l'art. 10, reproduisant l'exception faite par

l'art. 9 en faveur de l'amende, nous dit qu'une condamnation de cette nature ne mettra pas obstacle à la réhabilitation de droit. Il ne faut pas étendre cette disposition au delà de sa portée : elle signifie simplement que l'amende ne retardera pas la réhabilitation de droit, ne changera pas le point de départ ni la durée du délai d'épreuve relativement à une condamnation antérieurement prononcée, si elle intervient dans la période subséquente à celle de la prescription de la mention au bulletin n° 3. Mais l'amende elle-même ne bénéficiera évidemment pas de cette réhabilitation qui lui est complètement étrangère. Elle ne disparaîtra à son tour qu'à l'expiration d'un nouveau délai indépendant du premier.

Observons que le texte de l'art. 10 § 1 subordonne le bénéfice de la réhabilitation à cette condition que le condamné n'ait pas « subi », dans les délais fixés, de nouvelle condamnation à une peine autre que l'amende. Nous ne croyons pas qu'il faille prendre à la lettre le terme « subi », de telle sorte que le bénéfice de la réhabilitation ne serait perdu que lorsque la peine encourue aurait été purgée dans les délais. Mais la question se pose de savoir s'il suffit, pour que la réhabilitation ne se produise pas, que la condamnation ait été prononcée ou s'il faut en outre qu'elle soit devenue définitive. Si cette dernière condition est nécessaire, il est évident que la réhabilitation va dépendre très souvent de la façon dont le ministère public conduira l'affaire ou du parti que prendra l'accusé en ce qui concerne les voies de recours. Supposons, en effet, qu'une condamnation soit prononcée quelques jours seulement avant l'expiration du délai nécessaire pour qu'une réhabilitation soit acquise. Si le ministère public ou l'accusé font appel, si ce dernier, manifestement intéressé à retarder

la clôture définitive de l'affaire use de toutes les voies de recours et de tous les artifices de procédure en son pouvoir, il est évident que la réhabilitation aura le temps de se produire. Malgré ces inconvénients, il semble peut-être plus conforme à la tendance générale de notre législation pénale et particulièrement à l'esprit de la loi du 5 août 1899 favorable aux condamnés, de se rallier à ce dernier parti.

Les effets de la réhabilitation de droit, nous dit la circulaire du 15 décembre 1899, sont identiques à ceux de la réhabilitation ordinaire. Lorsque les greffiers constateront que la réhabilitation de droit est acquise, ils devront en faire mention sur le bulletin n° 1. Elle devra également être relevée sur les bulletins n° 2 délivrés. Enfin les condamnations effacées par la réhabilitation de droit seront définitivement dispensées d'inscription au bulletin n° 3 en vertu de l'art. 7-2°.

L'institution de la réhabilitation aura pour conséquence la disparition de la perpétuité des peines accessoires ou complémentaires. Les délais nécessaires pour qu'il y ait réhabilitation partent en effet de l'expiration de la peine principale et la réhabilitation de droit produit absolument les mêmes effets que la réhabilitation judiciaire, c'est-à-dire qu'elle fait cesser dans la personne du condamné toutes les incapacités résultant de la condamnation : elle efface la condamnation et par conséquent aussi les peines accessoires ou complémentaires jointes à la peine principale.

Les bulletins n° 1 relatifs aux condamnations dont l'exécution est antérieure à la loi du 5 août 1899 ne mentionnent pas la date de l'exécution de la peine. Dès lors, le greffier chargé de rédiger un bulletin n° 3 demandé, manque de l'un des éléments nécessaires à cette rédaction. Pour résoudre

cette difficulté, il faudra, lorsque la réhabilitation paraîtr acquise, demander aux intéressés les justifications nécessaire à la vérification de ce fait et « les parquets seront dans l'obli gation de leur prêter à cet effet le concours le plus actif et l plus bienveillant » (1).

Dans l'avenir, lorsqu'une demande de réhabilitation judi ciaire sera formée, son instruction devra toujours être précé dée d'un examen du casier judiciaire, dans le but de vérifie si les conditions de la réhabilitation de droit ne se trouven pas réalisées.

Par une décision en date du 19 mars 1900, M. le Ministr de la guerre de Galliffet a prescrit que lorsque la réhabilita tion de droit aurait été acquise à un individu soumis à la l militaire, le livret matricule mentionnant la condamnatio effacée par la réhabilitation serait remplacé par un livr neuf qui ne relèverait plus cette condamnation.

Le paragraphe 3 de l'art. 10 règle la compétence relativ aux contestations sur la réhabilitation de droit. La questio devra être portée devant le tribunal civil du domicile d l'intéressé qui statuera dans les formes et suivant la proc dure réglée par l'art. 14. La décision à intervenir sera sus ceptible d'appel et de pourvoi en cassation.

(1) Circulaire de la Chancellerie du 15 décembre 1899, n. 55.

CHAPITRE V

DE LA FORCE PROBANTE DU CASIER JUDICIAIRE AVANT ET DEPUIS LA LOI DU 5 AOUT 1899

Le rôle du casier judiciaire consiste essentiellement à renseigner la justice sur les antécédents des prévenus qui sont traduits devant les différentes juridictions. Dans ce but, la circulaire du 23 mai 1853 a prescrit l'annexion à toute procédure criminelle et correctionnelle d'un bulletin no 2 et la question se pose de savoir quelle sera la portée de ce document. Constituera-t-il une véritable preuve légale qui établira irréfutablement l'existence des condamnations antérieures? Ou ne vaudra-t-il, au contraire, que comme simple renseignement? C'est la question de la force probante des extraits du casier judiciaire.

I. *Force probante des extraits des casiers judiciaires sous le régime des circulaires.*

Dans son *Traité de l'instruction criminelle,* Faustin-Hélie, après avoir énuméré les services que le casier judiciaire est appelé à rendre, ajoute : « A côté de ces avantages, on pourrait craindre quelque inconvénient, si les bulletins qui remplacent les extraits des jugements et des arrêts n'étaient pas rédigés avec le même soin que ces extraits et ne renfermaient

pas toutes leurs indications, car ils ne constituent pas de simples renseignements; ils font titre contre les prévenus et les accusés et deviennent souvent l'unique base de l'aggravation pénale de la récidive » ([1]). Mais l'opinion de l'éminent jurisconsulte n'a pas triomphé et la majorité des auteurs se sont ralliés à la théorie opposée, plus conforme aux principes.

L'extrait du casier judiciaire, en effet, ne pouvait faire titre contre un prévenu, ainsi que le prétend Faustin-Hélie. Les casiers, créés par de simples circulaires, constituant une institution purement administrative, n'avaient pas reçu de consécration législative. Comment, dès lors, eussent-ils pu donner naissance à une preuve légale?

La seule preuve légale qui fût, en réalité, à la disposition du ministère public, pour établir d'une façon indiscutable l'existence d'une condamnation antérieure, consistait dans la production du titre même dont résultait la condamnation. Mais comme dans le domaine du droit criminel le juge n'en est pas réduit à un certain nombre de preuves limitativement déterminées, comme il a le droit de fonder ses sentences sur telles considérations qu'il lui paraît convenable, le ministère public, profitant de cette faculté et désireux d'échapper aux difficultés pratiques que présente la production régulière des extraits de jugements, s'efforça de remplacer ces derniers par divers documents, variant suivant les époques, certificats émanant du directeur de la prison où la peine a été subie, extraits du registre des chiourmes. Et lorsque, en 1850, apparut l'institution du casier judiciaire, son application, non

([1]) *Traité de l'instruction criminelle*, VIII, n. 4081.

plus seulement à la constatation, mais, en outre, à la preuve de la récidive devant les tribunaux, parut tout indiquée.

Mais la cour de cassation se refusa à considérer comme suffisante, comme décisive, la preuve tirée des mentions contenues au bulletin n° 2. « Attendu, déclare un arrêt du 21 septembre 1882, que la preuve d'une condamnation doit résulter, en principe, de l'extrait officiel du jugement ou de l'arrêt qui l'a prononcé, etc.; par ces motifs, casse, etc. ». Il faut qu'aux indications du casier vienne se joindre l'aveu formel ou simplement tacite du prévenu. Un extrait du casier judiciaire étant joint à la procédure qui doit être communiquée au prévenu et à son défenseur, si l'intéressé ne proteste pas, s'il ne discute pas à l'audience les allégations relatives à ses antécédents, il y a là une sorte d'acquiescement de nature à confirmer les renseignements fournis par le bulletin n° 2. Mais si le prévenu, au contraire, conteste formellement l'exactitude de ses renseignements, s'il nie avoir encouru les condamnations antérieures qui lui sont reprochées, les juges ne sauraient passer outre et considérer comme une preuve suffisante les mentions relevées sur le bulletin n° 2. « Attendu, dit l'arrêt cité tout à l'heure, que si l'inscription d'une condamnation sur les bulletins du casier judiciaire peut suppléer à la production de l'extrait officiel du jugement ou de l'arrêt qui l'a prononcé en l'absence de toute contestation de la part du prévenu qu'elles concernent, il en est tout autrement lorsque le prévenu conteste, soit l'existence de la condamnation, soit son caractère définitif ».

Lorsque la loi du 27 mars 1885 eut créé la peine de la relégation, cette jurisprudence de la cour de cassation se modifia dans ses applications au nouveau système de répres-

sion de la récidive. Elle exigea que le prévenu fût interpellé sur l'existence des condamnations mentionnées au casier, qu'il y eût de sa part aveu formel. A cette condition seulement elle accordait au bulletin n° 2 le pouvoir de faire foi de son contenu. « Attendu, dit un arrêt du 24 mars 1887, que si la cour d'appel a, conformément aux préceptes des lois sus-rappelées, explicitement spécifié ces condamnations, elle s'est bornée à déclarer que leur existence était établie par un extrait du casier judiciaire et qu'il ne résulte, ni de l'arrêt de condamnation, ni du jugement dont il adopte les motifs, ni des notes d'audience que le prévenu ait été mis en mesure de reconnaître ou de contredire les mentions portées sur cet extrait; attendu que si relativement à la preuve de la récidive prévue par les art. 56 et suivants C. pén., le silence du prévenu a pu être considéré comme un aveu des condamnations indiquées sur l'extrait du casier judiciaire, une semblable interprétation ne saurait être admise en matière de rélégation ; que la présomption qui lui sert de fondement est inconciliable avec les garanties dont la loi du 27 mars 1885 a voulu entourer les individus exposés à l'application de la peine perpétuelle qu'elle édicte ; qu'une décision appliquant cette peine ne peut avoir d'autre base légale que l'aveu du prévenu qu'il a encouru effectivement les condamnations qui le rendent rélégable, ou les extraits des arrêts ou des jugements qui les ont prononcées, et que, faute d'avoir mentionné l'une où l'autre de ces preuves, l'arrêt attaqué a formellement violé la disposition de la loi ci-dessus visée, par ces motifs, casse, etc..... ». La différence que la cour de cassation établit en notre matière entre le récidiviste ordinaire et le récidiviste passible de la rélégation, différence fondée sur la gravité

exceptionnelle de cette dernière peine, ne paraît justifiée par aucun motif juridique. Une peine, quelle qu'elle soit, ne saurait être appliquée à la légère, et la cour, jugeant dangereux de prononcer la rélégation sur la foi d'un simple bulletin n° 2, en l'absence d'un aveu formel, aurait été plus logique en accordant à tout prévenu, quelle que fût sa situation, les mêmes garanties.

II. *Force probante des extraits du casier judiciaire depuis la loi du 5 août 1899.*

La loi du 5 août 1899 est venue donner au casier judiciaire la sanction législative qui lui faisait défaut. Le casier n'avait jusque là qu'un caractère purement administratif : il devient désormais une véritable institution judiciaire.

« Si donc, déclare M. le Poittevin, le caractère purement administratif du casier était le seul motif pour lequel le bulletin n° 2 ne pouvait faire preuve complète de l'existence des condamnations, il est évident que désormais la situation va être changée entièrement et que soit le premier terme de la récidive, soit les éléments de la relégation seront suffisamment établis par ce bulletin joint au dossier, même au cas de négation du prévenu » (1).

Le bulletin n° 2, en effet, devient un véritable acte authentique. Il est dressé par des officiers publics, qui ne sont autres que les greffiers ayant le droit d'instrumenter dans les différents arrondissements. Sa rédaction a lieu dans une forme déterminée par la loi et suivant certaines prescriptions qui rentrent parfaitement dans les termes employés par l'art. 1317

(1) *Traité théorique et pratique des casiers judiciaires*, p. 43.

C. civ. Enfin, l'art. 14 de la loi du 5 août 1899 organise tout une procédure destinée à assurer la rectification des mention portées au casier, rectification qui ne peut être opérée qu'en vertu d'une décision de justice. Ce dernier caractère est, bien évidemment, celui des actes authentiques en général. Désor mais, par conséquent, il ne sera plus indispensable de joindre à la procédure, même dans les cas exceptionnels que nou examinions tout à l'heure, des extraits en forme des juge ments et des arrêts prononçant des condamnations antérieures Cette formalité coûteuse serait inutile et le bulletin n° 2, don la force probante devient absolue, se suffira à lui-même dan l'avenir.

La théorie de M. Le Poittevin peut revendiquer en sa faveu un arrêt rendu le 26 mars 1900 par la chambre civile de l cour de cassation : « Attendu, déclare cet arrêt, que le bulleti négatif n° 3 délivré dans ces conditions (après que la réhab litation de droit a été acquise par l'expiration du délai requi au condamné *fait titre* au profit de ce dernier de sa réhab litation ; qu'à la vérité, l'autorité de ce titre est susceptib d'être contestée, s'il apparaît qu'une erreur a été commi dans la tenue du casier ; que, dans ce cas, il y a lieu d recourir à la procédure spéciale instituée par les art. 10 et 1 de la loi susdite (la loi du 5 août 1899) ; mais qu'il faut, a moins, pour faire échec à la *foi due au titre,* que la contest tion dont ce document est l'objet repose sur des moti sérieux ». Cet arrêt, quoique visant une application du bull tin n° 3, peut être évidemment invoqué à l'appui de l'opinio qui admet la transformation de l'extrait du casier judiciai en un véritable acte authentique. Il déclare, en effet, qu l'extrait « fait titre », « que foi lui est due ». Malheureuseme

il est contredit par un autre arrêt, émané de la chambre criminelle de la cour de cassation, arrêt daté du 3 février 1900, qui reproduit purement et simplement l'ancienne jurisprudence de la cour suprême touchant la force probante du casier judiciaire en matière de rélégation.

Et la cour, déclare M. Albert Maulmond, avocat général à la cour de Bourges, fait preuve de logique en persistant dans cette jurisprudence. M. Le Poittevin, en effet, ne démontre pas que le seul motif pour lequel le bulletin n° 2 ancien ne pouvait faire preuve des condamnations qu'il relatait résidait dans le caractère purement administratif du casier. Or, déclare M. Maulmond, outre ce motif, il en existe un autre sur lequel s'appuie la jurisprudence de la cour de cassation : la preuve en est dans les considérants de l'arrêt du 16 mars 1889. « Attendu, dit cet arrêt, que la décision attaquée déclare que les deux prévenus ont reconnu comme leur étant applicables, les diverses condamnations énumérées dans l'arrêt, mais que *cet aveu ne porte que sur l'existence même des condamnations et non sur l'état de récidive particulière prévue par la loi du 27 mars 1885...* » En matière de rélégation donc, la cour de cassation exige et exigera une reconnaissance expresse, et cette reconnaissance pour que l'on puisse en faire état ne devra pas porter seulement sur l'existence des condamnations visées dans le jugement ou l'arrêt qui prononce la relégation, mais encore il faudra qu'elle porte sur l'état de récidive particulière prévue par la loi du 27 mars 1885. Si ces deux conditions sont réunies, la rélégation sera valablement prononcée, bien que la justification de l'état de récidive résulte seulement de l'aveu du prévenu et d'un extrait du casier judiciaire visé au jugement et annexé à la procédure.

« La seule concession qui nous paraît possible, ajou
M. l'avocat général Maulmond, consisterait à admettre q
depuis la loi de 1899 le silence du prévenu peut, en matiè
de relégation, comme en matière de récidive légale, être inte
prété comme un aveu » (1). De telle sorte que la force pr
bante du casier judiciaire n'est pas devenue absolue comn
le prétend M. le Poittevin : elle n'a fait qu'augmenter. «
même, conseille M. Maulmond, il sera préférable de con
nuer, comme par le passé, à joindre aux dossiers des relég
bles des extraits en forme des jugements ou arrêts à vis
comme base de l'état de récidive de la loi du 27 mai 1885 » (

La question, comme on le voit, est loin d'être élucidée;
est regrettable que le législateur n'ait pas cru devoir se pr
noncer d'une manière formelle sur une semblable difficult
Cependant nous inclinons à croire que la théorie de M.
Poittevin, fondée sur des arguments juridiques très solide
triomphera dans la doctrine et que la cour de cassation
ralliera définitivement à la jurisprudence qui découle
l'arrêt de la Chambre civile du 26 mars 1900.

(1) *Les lois nouvelles*, Commentaire de la loi du 5 août 1899, p. 139.

(2) *Les lois nouvelles*, p. 139.

CHAPITRE VI

SANCTIONS. RECTIFICATIONS. PROCÉDURE

L'intérêt qu'ont les prévenus à dissimuler leur identité pour échapper aux conséquences de leur état de récidive, devait nécessairement les conduire à usurper des noms ou des qualités appartenant à autrui. Il se produisait de la sorte de fréquentes confusions très préjudiciables aux tiers qui en étaient victimes.

La loi du 5 août 1899 a visé par une disposition spéciale et réprimé très sévèrement les fraudes de cette nature qui, dans la plupart des cas d'ailleurs, constituaient déjà des faux. L'art. 11 § 1 est ainsi conçu : « Quiconque, en prenant le nom d'un tiers, aura déterminé l'inscription au casier de ce tiers d'une condamnation sera puni de six mois à cinq ans d'emprisonnement sans préjudice des poursuites à exercer pour le crime de faux s'il y échet ». Ainsi se trouvent correctionnalisés les faux commis en matière de casier judiciaire. La partie finale de l'art. 11 § 1 signifie simplement que les dispositions du code pénal relatives au crime de faux, devront être appliquées comme par le passé, concurremment avec la poursuite correctionnelle lorsque le condamné ne se sera pas borné à

usurper l'état civil d'un tiers, mais aura fabriqué ou altér des pièces dans le but de faciliter cette usurpation.

L'art. 11, § 2 : ajoute « Sera puni de la même peine celu qui, par de fausses déclarations relatives à l'état civil d'u inculpé, aura sciemment été la cause de l'inscription d'un condamnation sur le casier judiciaire d'un autre que cet in culpé ». Ces fausses déclarations, en effet, constituent éviden ment un acte de complicité qui rend leur auteur passible d la même peine que l'auteur principal.

Le législateur, ainsi que nous l'avons vu, n'a pas jugé propos de supprimer toute communication du casier judiciair aux particuliers. Mais il a limité rigoureusement cette com munication en décidant que seul le titulaire du casier pou rait en obtenir l'extrait ou bulletin n° 3. Et comme il impo tait de réprimer sévèrement les fraudes inspirées par malveillance, ainsi que les tentatives de chantage, la pre cription de l'article 6 de la loi du 5 août 1899 a été sanction née par une peine spéciale. L'article 11 § 3 déclare, en effe que « quiconque, en prenant un faux nom ou une fauss qualité, se fera délivrer le bulletin n° 3 d'un tiers, sera pu d'un mois à un an d'emprisonnement ».

Observons, en terminant cet exposé des pénalités édicté par la loi du 5 août 1899, que l'article 463 du code pén sera, en vertu de l'article 11 § 5 de la loi, applicable da tous les cas.

Les précautions prises par la loi pour éviter les chanc d'erreurs ou d'omissions dans la rédaction des bulletins n° offrent des garanties sérieuses d'exactitude. Mais il peut arr ver cependant que malgré le double contrôle auquel so soumis les casiers, ils soient revêtus de mentions erronées

Fréquemment, en effet, on constate qu'une condamnation prononcée sous le nom d'une personne et inscrite à son casier ne lui est pas en réalité applicable, et cela parce qu'un individu, usurpant son état civil, s'est fait condamner sous son nom. Nous avons vu comment la loi du 5 août 1899 réprimait ces sortes de fraudes. Cette loi crée en outre une procédure spéciale pour arriver, en pareil cas, à la rectification du casier judiciaire. En vertu de l'article 14, celui qui voudra faire rectifier une mention portée à son casier judiciaire, c'est-à-dire faire détruire un bulletin n° 1 rédigé par erreur à son nom, présentera au président du tribunal ou de la cour dont émane la décision une requête sur papier libre et sans forme spéciale, sans le ministère d'un avoué. Le président communiquera cette requête au ministère public et commettra un juge pour faire le rapport. Le tribunal ou la cour statuera en audience publique sur le rapport du juge et les conclusions du ministère public. Le tribunal ou la cour pourra entendre les témoins nécessaires, ordonner d'assigner la personne qui en réalité a été l'objet de la condamnation portée au compte du demandeur en rectification. Si le requérant est débouté, les frais seront à sa charge ; si la requête est admise, les frais seront à la charge soit du Trésor public, soit de celui qui a été la cause de l'inscription reconnue erronée, s'il a été appelé dans l'instance. Mention de la décision rendue sera faite en marge du jugement ou de l'arrêt visé par la demande en rectification. Ces actes, jugements et arrêts seront dispensés du timbre et enregistrés gratis.

Le ministère public peut agir d'office en rectification dans la même forme, et la circulaire du 15 décembre 1899 dit à ce sujet : « Les parquets ne devront pas perdre de vue que l'arti-

cle 14 les autorise concurremment avec les intéressés à pren
dre l'initiative de la procédure en rectification. Ils ne devron
pas hésiter à user dans la plus large mesure d'un droit dor
l'exercice intéresse au plus haut point l'ordre public ».

CHAPITRE VII

DE CERTAINS CASIERS SPÉCIAUX

Dans le but de perfectionner encore le système d'information mis à la disposition des autorités publiques, il a été créé un certain nombre de casiers spéciaux destinés chacun à relever exclusivement la catégorie d'antécédents, de nature à intéresser l'autorité à l'usage de laquelle ils sont destinés. C'est ainsi qu'il existe un casier électoral, réservé à l'autorité administrative, un casier de recrutement réservé à l'autorité militaire, un casier de la marine réservé à l'autorité maritime. Enfin, la nécessité d'assurer l'efficacité de la loi du 23 janvier 1873 sur l'ivresse publique a amené la création du casier pénal de l'ivresse.

I. *Casier électoral.*

Comme il importe d'assurer la pureté des listes électorales, des mesures ont été prises pour que tous les renseignements nécessaires parvinssent régulièrement aux autorités chargées de vérifier ces listes. Toutes les fois qu'il interviendra une condamnation ou un jugement entraînant la privation du droit de vote, les greffiers devront dresser un duplicata qui sera visé par le procureur de la République et transmis à la sous-préfecture de l'arrondissement du domicile du condamné. Cette dernière prescription est une innovation de la loi du

5 août 1899 car, en vertu des circulaires du 18 décembre 1874 et des 27 août et 8 décembre 1875, les duplicata devaient être envoyés à la sous-préfecture du lieu d'origine.

Il devra donc être établi un duplicata, notamment de tous les bulletins constatant des déclarations de faillite ou des mises en liquidation judiciaire, des condamnations pour infraction à l'interdiction de séjour qui supposent une incapacité préexistante, des réhabilitations. Il faut observer toutefois que cette mesure ne concerne que les bulletins relatifs à des Français ou à des étrangers naturalisés.

II. *Casier de recrutement.*

Nous connaissons déjà le procédé par lequel les antécédents des hommes sur le point d'être incorporés sont communiqués à l'autorité militaire. Mais il importe que dans l'avenir l'autorité militaire soit exactement informée des condamnations ou décisions concernant les individus figurant dans la réserve ou l'armée territoriale. L'art. 5 paragraphe 1 de la loi du 5 août 1899 prescrit d'envoyer aux commandants de recrutement des duplicata de tous bulletins constatant des condamnations, faillites, liquidations judiciaires, destitutions d'officiers ministériels. Il doit être procédé ainsi en ce qui concerne tout individu de vingt à quarante-six ans. Cette dernière règle est légèrement modifiée en ce qui concerne le contingent algérien. En vertu de l'art. 81 de la loi du 15 juillet 1889, les hommes valides du contingent algérien et des colonies, autres que la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane ou la Réunion qui ont terminé leurs vingt-cinq années de service, sont, en cas de mobilisation générale, réincorporés avec la réserve de

l'armée territoriale, sans cependant pouvoir être appelés à servir hors du territoire de l'Algérie et des colonies. En vue de l'application éventuelle de cette disposition, les parquets doivent notifier aux commandants de recrutement les condamnations encourues jusqu'à l'âge de cinquante ans accomplis, par les hommes du contingent algérien, c'est-à-dire qui ont été inscrits par le Conseil de révision sur la liste du recrutement dans l'Algérie.

Les duplicata devront mentionner la classe, le canton et le numéro du tirage au sort. Ils seront transmis par le procureur de la République au bureau de la subdivision de la région correspondant au siège du tribunal dont émanent les décisions. Le commandant de recrutement classera les bulletins concernant les hommes inscrits sur le contrôle et transmettra les autres à chacun de ses collègues compétents.

Quant aux duplicata concernant les individus d'origine inconnue, ils seront revêtus de la mention « recrutement » destinée à éviter toute confusion et seront transmis au casier central d'où ils seront dirigés sur le Ministère de la guerre par les soins de la Chancellerie.

Outre les duplicata dont nous venons de parler, les parquets devront notifier aux bureaux de recrutement toute décision gracieuse intervenue en faveur des individus soumis à la loi militaire. Cette notification aura lieu par des avis, contenant l'indication de la classe, du canton et du numéro du tirage au sort, avis qui devront être transmis lorsqu'un condamné aura bénéficié d'une réduction ou commutation de peine, ou d'une réhabilitation judiciaire.

La Chancellerie recommande d'une façon toute particulière aux parquets l'exacte observation de ces diverses prescrip-

tions. Dans le but de faciliter le contrôle sur ce point, la dat
à laquelle le duplicata de bulletin n° 1 ou l'avis d'une décisio
gracieuse ont été transmis au bureau de recrutement, doi
être mentionnée en marge de tout jugement ou arrêt de con
damnation concernant un individu soumis à la loi militaire.

III. *Casier de la marine.*

Tout jugement ou arrêt prononcé contre un individu e
activité de service dans la marine, ou faisant partie de la réserv
de l'armée de mer, ou soumis à l'inscription maritime donn
lieu à la rédaction d'un duplicata. Ce dernier devra mention
ner le numéro matricule, ainsi que le grade et le quartie
d'inscription. Il portera en tête la mention « rédigé par appl
cation du paragraphe 8 de la circulaire du 14 août 1876 »
Le nom de l'arrondissement sera remplacé par la mentio
« Ministère de la marine ».

Dans les départements maritimes, les parquets adresseron
directement les duplicata de bulletins n° 1 au commissair
de l'inscription maritime voisin, lequel les classera ou le
répartira. Dans les autres départements, les duplicata seron
envoyés à la chancellerie qui les transmettra au ministère d
la marine par les soins duquel ils seront dirigés sur les diffé
rents ports.

IV. *Casier de l'ivresse.*

La loi du 23 janvier 1873, destinée à réprimer l'ivress
publique et à combattre les progrès de l'alcoolisme, établ
un système progressif de pénalités s'aggravant proportion
nellement au nombre des récidives. Il était donc de tout
nécessité de constater d'une manière efficace les récidives e

cette matière. Comme il s'agit d'une contravention et que les condamnations pour de pareilles infractions ne figurent pas au casier judiciaire, il a été créé en 1874 un casier spécial par une circulaire de la chancellerie. Ce casier est organisé au parquet et est alimenté par des bulletins que les greffiers de justice de paix adressent au procureur de la République après chaque audience, bulletins constatant les diverses condamnations pour ivresse. Comme la loi du 23 janvier 1873 exige, pour qu'il y ait récidive en matière d'ivresse, la constatation de deux ou plusieurs infractions de cette nature dans le délai de douze mois, il n'y aurait aucun intérêt à conserver les bulletins après l'expiration de ce délai. De telle sorte que, pour éviter l'encombrement, ces bulletins doivent être détruits lorsqu'ils s'est écoulé douze mois. Ils sont d'ailleurs exclusivement à la disposition du parquet et il n'en est pas délivré d'extraits.

CHAPITRE VIII

LE CASIER JUDICIAIRE EN LÉGISLATION COMPARÉE ET L'ÉCHANGE INTERN TIONAL DES BULLETINS

SECTION PREMIÈRE

LE CASIER JUDICIAIRE EN LÉGISLATION COMPARÉE

Dans tous les pays civilisés, partout où il existe un pouvo judiciaire régulièrement organisé, ce pouvoir a un inté évident à être exactement renseigné sur le passé de ses jus ciables. Les motifs qui firent accueillir en France la propos de M. Bonneville de Marsangy se retrouvent donc ailleurs, les services rendus chez nous par le casier judiciaire devaie naturellement amener son adoption par certaines nations v sines. Nulle part, d'ailleurs, les règles qui caractérisent l'i titution en France n'ont été reproduites dans leur ensemb et nous allons voir, en passant en revue les différentes lég lations étrangères, que quelques-unes d'entre elles ignore jusqu'au principe même qui sert de fondement au cas judiciaire.

I. *Angleterre.*

Le casier judiciaire n'existe pas en Angleterre. Le jug pour s'éclairer sur les antécédents des prévenus, n'a à sa d position qu'une sorte de pancarte, dite « calendar », s

laquelle sont consignés les renseignements de police et qui lui permet de provoquer les aveux de l'individu qu'il interroge.

II. *Russie.*

Il n'existe pas en Russie d'institution analogue aux casiers français. Le seul procédé qui permette aux diverses juridictions de découvrir les antécédents des inculpés consiste dans la consultation du « Bulletin des condamnations », recueil périodique, paraissant tous les trois mois et alimenté par des listes statistiques qui, aux termes de la loi du 11 novembre 1871, doivent être envoyées à la section statistique du ministère de la justice après chaque condamnation. Voici les principales énonciations que contient chacune de ces listes : Noms, prénoms et nom paternel de l'accusé ; son âge au temps du délit ; le lieu de sa naissance ; son lieu d'origine ; son domicile ; la mention que sa naissance est légitime ou naturelle ; son état ; sa nationalité ; sa religion ; son intruction ; son état de famille ; son occupation ; ses moyens d'existence ; son signalement particulier ; la nature de l'inculpation ; la nature du délit d'après le jugement de condamnation ; le but et les motifs du délit ; ou et quand le délit a été commis ; la durée de la détention préventive ; la mention que le délit a été ou non avoué ; l'arrêt de première instance ; la mention des circonstances atténuantes ; la mention de l'état de minorité ; la peine infligée ; l'arrêt définitif en dernière instance ; la mention qu'il a été statué avec ou sans le concours du jury ; la mention des recours en grâce qui ont été formés par le tribunal ou la cour ; la récidive ; les relations entre le condamné et la partie lésée ; la communication pour exécution de l'arrêt ou du jugement.

III. *Finlande.*

Il existe en Finlande un ensemble de mesures analogues au règles de notre casier. Lorsqu'une condamnation est prononcée il doit être dressé un « bulletin officiel » qui est transmis a pasteur de la paroisse où est domicilié le condamné. Grâce cette prescription, les antécédents d'un individu sont asse facilement connus, puisqu'il suffira de s'adresser au pasteu compétent pour obtenir communication du certificat pastora Tout individu, d'ailleurs, doit être muni en permanence de c certificat pastoral qu'il devra présenter, soit lorsqu'il demar dera du travail, soit lorsqu'il en sera requis par l'autorit Dans le cas où le condamné vient à changer de domicile, le bulletins correspondants doivent être transportés au domicil nouveau, ce qui ne laisse pas d'occasionner de sérieuses diff cultés pratiques.

IV. *Suède et Norwège.*

L'unique ressource des tribunaux de Norwège pour décou vrir les antécédents des inculpés consiste dans les enquête de police, les aveux faits au cours des interrogatoires. E outre, les directeurs de maisons centrales doivent dresser ur liste mensuelle des libérés. Enfin, il se publie en Suèd depuis 1874 un journal spécial bi-hebdomadaire appelé *Pol sunderrättelse* qui reçoit les noms des individus condamnés l'emprisonnement ou à une peine plus grave, lequel journ est adressé aux autorités de police de Suède, Norwège, D nemark [1].

[1] Même organisation qu'en Finlande relativement aux certificats pastoraux.

V. *Danemark.*

Il existe en Danemark, depuis une circulaire du ministre de la justice en date du 11 décembre 1896, une institution analogue à notre casier et qui repose essentiellement sur la rédaction d'une carte pénale, Straffekort, correspondante à chaque condamnation prononcée. Cette carte, à l'exemple de ce qui a lieu en France pour les bulletins n° 1, doit être transmise au tribunal du lieu de naissance du condamné où sa substance est consignée sur un registre qui présente également la liste alphabétique des condamnés. Par analogie encore avec les règles qui régissent notre casier central, les cartes pénales concernant les individus étrangers ou d'origine inconnue doivent être centralisées à Copenhague. Enfin il est délivré aux magistrats instructeurs, aux administrations publiques et à l'intéressé lui-même, des extraits qui sont la reproduction exacte des mentions contenues dans les registres. Une carte pénale doit être dressée pour toute condamnation pénale.

VI. *Roumanie.*

Il existe en Roumanie, en vertu de l'art. 573 du code de procédure pénale, identique à l'art. 600 du code d'instruction criminelle français, des registres dits registres des tribunaux, qui, combinés avec les registres des prisons, permettent de découvrir assez facilement les antécédents des prévenus. M. Mironesco, avocat à Bukharest, nous apprend qu'une réforme est en voie de s'accomplir sur ce point. Il serait question « de greffer le casier judiciaire sur le service anthropométrique en centralisant dans le casier anthropométrique de Bukharest les bulletins individuels de toutes

les condamnations prononcées par les tribunaux du royau me » [1].

VII. *Grèce.*

Le casier judiciaire n'existe pas en Grèce. On trouve seule ment au ministère de la justice un registre général de condamnés.

VIII. *Pays-Bas.*

Un décret du 19 février 1896 a institué un casier analogu au casier judiciaire français.

IX. *Égypte.*

Il existe en Egypte un bureau de casier judiciaire sis a parquet de la cour d'appel du Caire. Il a été institué par u décret du 18 février 1895 et son organisation est identique celle du casier français.

X. *Espagne.*

Le système en vigueur en Espagne pour la constatation de antécédents des condamnés n'est qu'une imitation très impa faite du système français. Il repose sur la rédaction de deu sortes de recueils, un registre central qui existe depuis 187 un certain nombre de registres localisés dans chacun des tr bunaux du royaume. Mais comme la localisation n'a pas pou base nécessaire le lieu de naissance, les demandes de rense gnements sont le plus souvent condamnées à demeurer sa réponse.

[1] Mironesco, avocat à Bukharest, *Le casier judiciaire*, p. 161.

XI. *Portugal.*

Le casier judiciaire a été institué en Portugal par deux décrets, l'un en date du 24 août 1863 et relatif aux colonies, l'autre en date du 7 novembre 1872 et relatif à la métropole. Son organisation est à peu près la même qu'en France Il se compose des mêmes éléments, repose sur le principe de la localisation dans l'arrondissement natal, et consiste en bulletins classés alphabétiquement. Des extraits peuvent être délivrés au ministère public, aux autorités judiciaires et administratives et enfin aux particuliers. Mais, pour ces derniers, la délivrance ne pourra avoir lieu que par suite d'une ordonnance du juge et seulement pour les cas prévus par l'art. 1 du décret du 7 novembre 1872. On ne saurait donc admettre que la publicité du casier soit plus grande en Portugal qu'en France. Il n'est pas vrai non plus que les inscriptions du casier judiciaire portugais se prescrivent ainsi que le prétend M. Theureau (1).

XII. *Autriche-Hongrie.*

Il est prescrit aux tribunaux d'envoyer, toutes les fois qu'ils prononcent une condamnation, un extrait du jugement à la mairie du domicile du condamné. L'ensemble de ces extraits constitue dans chaque mairie un dossier où les intéressés peuvent puiser les renseignements nécessaires. Le lieu du domicile est remplacé dans le Tyrol par le lieu de naissance.

Jusqu'au 1er janvier 1899 il n'existait pas en Hongrie un système de constatation des antécédents des prévenus. Depuis cette date, les juges n'en sont plus réduits aux aveux de ces derniers, car il a été créé par la loi du 25 août 1897 un casier

(1) Page 32.

judiciaire complété par un service d'identification anthropo-métrique.

XIII. *Suisse.*

Le casier judiciaire n'existe que dans deux cantons de la Suisse, le canton de Berne et le canton de Vaud. Son organisation est la même qu'en France.

Dans tous les autres cantons, la constatation des antécédent judiciaire est plus ou moins rudimentaire. Elle est, en géné ral, assurée par des registres qui contiennent les condamna tions prononcées dans le canton même où est tenu le registre celles qui ont été prononcées dans les autres cantons, celle qui ont été prononcées dans certains pays étrangers ave lesquels la Suisse pratique l'échange des bulletins de con damnation. Les condamnations inscrites sont les condamna tions criminelles et correctionnelles. Les condamnations d simple police et les déclarations de faillite n'y sont, en gén ral, pas inscrites. Les registres sont établis, soit dans u bureau central unique, situé au chef-lieu du canton, soit da un bureau situé dans la commune d'origine. Ils sont tenu par ordre alphabétique et sont alimentés par les extraits qu doivent envoyer les tribunaux, chaque fois qu'il intervie une condamnation définitive de nature à être constatée. Da la plupart des cantons, la communication à l'intéressé d mentions figurant sur le registre est possible. Toutefois, da les cantons de Lucerne et de Thurgovie, les registres so secrets.

XIV. *Belgique.*

Le casier judiciaire a été établi en Belgique par une circ laire du ministre de la justice du 31 décembre 1888. Les re

seignements judiciaires concernant les divers individus sont centralisés en un casier unique, situé au ministère de la justice, au moyen de bulletins de condamnation séparés et individuels. Il doit être dressé un bulletin quelle que soit la nationalité de l'individu condamné, et quelle que soit la condamnation encourue : criminelle, correctionnelle ou de simple police. La circulaire du 31 décembre 1888 prescrivit la constatation de toutes les condamnations antérieures à la date de l'établissement des casiers, et comprises, en remontant dans le passé, dans une période de vingt ans pour les condamnations criminelles et de dix ans pour les condamnations correctionnelles, à partir du 15 janvier 1889.

Les faillites, les liquidations judiciaires, les décisions disciplinaires ne figurent pas au casier. Les magistrats peuvent seuls obtenir communication des renseignements fournis par ce dernier. C'est dire qu'à la différence de ce qui existe en France, le casier judiciaire belge est absolument fermé aux particuliers.

XV. *Allemagne.*

Le casier judiciaire a été organisé en Allemagne par un arrêté du conseil fédéral (Bundesrath) du 16 juin 1882. Il doit être dressé pour toute condamnation criminelle ou correctionnelle des bulletins n° 1 qui seront classés au lieu d'origine du condamné par les soins d'une autorité qui, dans la plupart des Etats allemands, est le parquet de première instance de ce lieu d'origine. Les bulletins concernant les individus d'origine étrangère ou méconnue sont classés dans un cahier central établi à l'office impérial de justice.

Le casier allemand est secret : il ne peut être délivré de bulletin n° 2 qu'à la justice et aux autorités.

XVI. *Italie.*

L'Italie est, sans contredit, le pays qui possède un casi judiciaire se rapprochant le plus exactement du casier jud ciaire français. Le casier italien a été institué par un décret d 6 décembre 1865. Un décret réglementaire du 1er décemb 1889 a mis l'institution en harmonie avec le code du 30 ju de la même année.

Il doit être dressé un bulletin ou « cartellino » toutes l fois qu'il intervient des jugements portant peine criminel ou correctionnelle, des ordonnances ou décisions de non lie des décisions des cours et tribunaux contre des mineurs d quatorze ans qui ont commis sans discernement un crime o un délit, des décrets portant remise, diminution ou comm tation d'une peine criminelle ou correctionnelle par grâ souveraine et par amnistie et indult quand cette mesure s'a plique à une personne déterminée, des décrets portant réh bilitation de condamnés. Les bulletins ainsi dressés so localisés au lieu de naissance des condamnés où ils so classés au greffe du tribunal d'après les mêmes règles qu'e France. Les bulletins concernant les individus d'origi étrangère ou inconnue sont rédigés en triple exemplaire l'un de ces exemplaires est conservé par le tribunal du li où la condamnation a été prononcée, le second est envoyé a casier central, le troisième est adressé soit au greffe du t bunal du lieu de naissance supposé ou au tribunal du de nier domicile, soit au tribunal du lieu de la prestation d serment pour les étrangers naturalisés, ou au ministère d grâces et de la justice qui le transmet au gouvernement d pays d'origine, conformément aux conventions d'échang international de bulletins.

Les casiers, en Italie, sont sous la surveillance du ministère public; mais cette surveillance est exercée par le seul procureur du roi et la vérification qui incombe en France au procureur général n'existe pas en Italie.

L'extrait du casier judiciaire, *certificatio di penalita,* est rédigé sur le même modèle à peu près que notre bulletin n° 2. Lorsqu'il est délivré aux magistrats, aux administrations, aux autorités publiques, il contient le relevé intégral des mentions portées au casier judiciaire. Lorsqu'il est délivré à des particuliers, que ce soit l'intéressé lui-même ou un tiers, il est muet sur les condamnations encourues pour contraventions. Ajoutons d'ailleurs que lorsque l'extrait est demandé par un tiers, il n'est satisfait à sa demande que si le procureur du lieu de naissance, après l'avoir examinée, la juge suffisamment motivée.

Les bulletins des individus décédés doivent être détruits pour éviter l'encombrement et les familles ont même le droit d'aviser de ces décès l'autorité compétente en réclamant la destruction des bulletins concernant leurs proches. En outre, les cartellini constatant les condamnations pour contravention sont annulés au bout de cinq ans. Enfin le ministère public près le tribunal, doit faire extraire du casier dont il a la surveillance les bulletins constatant des condamnations motivées par des faits qui ont cessé d'être réprimés par la loi.

Nous avons terminé l'exposé des différentes institutions qui, dans les législations étrangères, assurent la constatation des antécédents judiciaires Qu'il nous soit permis de remarquer que nulle part, sauf peut-être en Italie, le casier judiciaire ou les organes qui en tiennent lieu dans les pays où il est

inconnu, ne présentent une organisation aussi complète qu'e
France. Espérons donc que toutes les puissances européenne
finiront par adopter, au moins dans ses grandes lignes, le sys
tème français. Un pareil événement réaliserait les vœux d
la plupart des congrès internationaux qui se sont occupés d
la question, notamment ceux de Rome en novembre 188
d'Anvers en juillet 1894 et faciliterait considérablement l
solution d'un problème que nous allons immédiatemen
aborder.

SECTION II

L'ÉCHANGE INTERNATIONAL DES BULLETINS

L'impérieuse nécessité de lutter contre les malfaiteurs co
mopolites a amené un certain nombre d'Etats à pratiqu
l'échange des bulletins concernant leurs nationaux respectif
Il est évident que le succès d'une pareille mesure sera
beaucoup mieux assuré, s'il existait un parallélisme parfa
entre les différentes législations en ce qui concerne ce poi
spécial. Mais quoiqu'une pareille unité soit fort loin d'existe
la France pratique tant bien que mal depuis déjà nomb
d'années ces échanges avec les nations suivantes : l'Autrich
en vertu d'une convention de 1888; la Bavière, le Gra
Duché de Bade, à partir du 1er janvier 1870 et sur l'initiati
du gouvernement badois; la Belgique en vertu d'une conve
tion du 21 mars 1870; l'Italie à partir du 1er janvier 1869 s
l'initiative du gouvernement italien; le Portugal à partir
1893; le Grand-Duché de Luxembourg, en vertu de l'art.
du traité d'extradition du 12 septembre 1875 sanctionné p
la loi du 18 septembre 1875; le Pérou, en vertu de l'art.
du traité d'extradition conclu le 30 septembre 1874 et sa

tionné par une loi qui date également du 18 septembre 1875; la Suisse, en vertu d'une convention du 17 décembre 1880; l'Alsace-Lorraine en vertu de l'art. 6 de la convention du 11 décembre 1871 annexe au traité de Francfort-sur-Mein.

Toutes les fois qu'un individu originaire de ces pays vient à être condamné en France, il doit être dressé, en outre du bulletin n° 1 ordinaire destiné au casier central, un autre document appelé duplicata. Les procureurs de la République transmettront ces duplicata deux fois par mois à la chancellerie, en les classant par pays. La chancellerie les fait parvenir à chacun de ces pays.

Les duplicata doivent toujours contenir l'indication aussi précise que possible du lieu de la naissance. Les inexactitudes commises à cet égard ont souvent amené des réclamations de la part de certains États, notamment de l'Autriche-Hongrie. En ce qui concerne la Suisse, les duplicata envoyés dans ce pays devront également mentionner la commune dont le condamné est citoyen ou ressortissant, c'est-à-dire le lieu de bourgeoisie.

L'article 6 de la convention du 11 décembre 1871 annexe au traité de Francfort-sur-Mein prévoit, en outre de l'échange des bulletins n° 1, l'échange des bulletins n° 2 avec l'Alsace-Lorraine. Toute demande de bulletin n° 2 devra être transmise par voie diplomatique et énoncer les motifs de la demande ainsi que l'usage auquel est destiné l'extrait demandé.

Il est regrettable que les échanges internationaux de bulletins ne puissent se généraliser et l'on ne peut que souhaiter la réalisation de l'idée développée au sein de la troisième section du congrès pénitentiaire international de Rome et

préconisant en notre matière l'organisation d'une vaste unio identique à l'union postale. Dès lors, grâce à la combinaiso de cette mesure avec l'extradition, les malfaiteurs trouve raient partout un châtiment proportionné à leurs crimes sans qu'ils pussent espérer, en changeant de pays, échappe à la réprobation qui les a justement frappés.

CONCLUSION

Nous avons analysé, dans le cours de cet ouvrage, les différentes réformes accomplies par la loi du 5 août 1899 et nous avons exprimé notre opinion sur chacune d'elles, sans dissimuler en rien la force des arguments de nos contradicteurs. Il y a lieu, maintenant, d'apprécier dans son ensemble l'œuvre réalisée par la loi en examinant les résultats qu'elle a donnés depuis sa promulgation.

Ces résultats, nous pouvons l'affirmer, ne sont nullement conformes aux prédictions pessimistes des adversaires du projet de la commission extra-parlementaire à qui nous devons la réforme du casier judiciaire. Ceux-ci critiquaient surtout la solution transactionnelle imaginée par la commission en ce qui concerne la question de la publicité ou de la clandestinité du casier. A leur avis, l'Etat, en délivrant aux particuliers un bulletin n° 3 d'un caractère restreint, muet sur certaines décisions, commettait un véritable mensonge légal qui devait fatalement enlever toute valeur à ce document falsifié. En admettant, d'ailleurs, que le public accueillît favorablement une mesure si contraire à ses intérêts, celle-ci

n'en amènerait pas moins la désorganisation de l'institutio grâce à la confusion inévitable qui résulterait des disposition contradictoires de la loi. « Quelle science, quelle attention quel temps matériel seraient à exiger désormais des postu lants aux offices de greffier » (1) ! Mieux valait, à tous égards maintenir dans son intégrité le régime antérieur.

Nous avons déjà réfuté ces critiques et l'événement es venu confirmer nos prévisions. Le casier judiciaire réorga nisé fonctionne parfaitement depuis déjà plusieurs mois et faut se féliciter de la réforme accomplie. De l'enquête, néces sairement assez restreinte, à laquelle nous nous somme livré, il résulte que la loi du 5 août 1899 n'a pas soule dans la pratique des difficultés aussi sérieuses que l'o paraissait le craindre. Espérons qu'elle aura réalisé un pr grès malgré les lacunes et les inexactitudes, d'ailleurs pe nombreuses, qui se sont glissées dans son texte et ont amen le garde des sceaux actuel à présenter au Sénat le 4 décem bre 1899 un projet de loi rectificatif que nous allons examin maintenant.

Ce projet ne comporte que deux articles. Le premier de c articles est destiné à modifier les art. 4 § 2 et 3, 5 § 2, 8 n° 10 § 3, 12, 14 § 6 et 9 de la loi du 5 août 1899. Le secon règle des questions de procédure soulevées par cette de nière. Nous allons les analyser successivement.

Article premier du projet. — A. L'art. 4 § 2 de la loi d 5 août 1899 paraît s'opposer à la délivrance de bulletins n° au préfet de police. Or ce dernier est exposé à avoir fréquen ment recours à ces documents pour compléter et contrôl

(1) Rapport Jacquin au Conseil d'Etat.

les sommiers judiciaires créés par les art. 600, 601 et 602 du code d'instruction criminelle, registres qui, nous l'avons vu, n'ont nullement cessé d'être régulièrement tenus depuis la création des casiers. Les indications portées sur les bulletins n° 2 sont plus complètes que celles des états trimestriels adressés au ministère de l'intérieur. Et, comme il importe que ces deux ordres de documents continuent à se compléter mutuellement, le projet du 4 décembre 1899 ajoute le préfet de police à la liste des autorités pouvant obtenir la délivrance des bulletins n. 2.

Pareille mesure est prise en ce qui concerne les présidents des tribunaux de commerce qui, désormais, pourront réclamer et obtenir des bulletins n° 2 destinés à être joints aux procédures de faillites afin d'assurer l'exécution des art. 510 et 540 du code de commerce qui refusent le bénéfice du concordat ou la faveur de l'excusabilité aux faillis ayant encouru certaines condamnations.

B. L'art. 4 § 3 semble inapplicable aux demandes ou propositions relatives à des distinctions honorifiques. Il ne parle en effet que de demandes d'emplois publics. Le projet du 4 décembre 1899 répare cette omission regrettable et donne en pareil cas aux administrations publiques le droit de se faire délivrer des bulletins n° 2 qui les éclaireront sur la valeur morale des candidats.

C. La circulaire de la Chancellerie du 18 décembre 1874, créant le casier électoral, l'avait constitué à la sous-préfecture de l'arrondissement d'origine des condamnés, tandis que la loi du 5 août 1899 le place à la sous-préfecture de l'arrondissement du domicile, dans le but de mettre les duplicata qui le composent à la disposition immédiate de l'autorité chargée

de rectifier la liste électorale sur laquelle figure l'intéress
Mais il arrivera fréquemment que ce dernier changera
domicile, de telle sorte que les duplicata le concernant fi
ront par être disséminés dans des casiers administrat
différents. Dans le but d'éviter cet inconvénient du systè
nouveau, tout en conservant ses avantages, le projet
4 décembre 1899 complète la disposition de l'art. 5 § 2 de
loi du 5 août 1899, en déclarant que l'autorité administrati
du domicile, à laquelle le duplicata continuera à être direc
ment adressé, devra, après avoir pris les mesures nécessai
en vue de la rectification de la liste électorale, renvoyer
duplicata à la sous-préfecture de l'arrondissement d'origi
toutes les fois du moins que l'individu sera né en Fran
Dès lors les changements de domicile, quelque nombre
qu'ils soient, ne compromettront plus la centralisation d
duplicata.

D. L'art. 8 n° 1 de la loi du 5 août 1899 a été rédigé d'u
façon tout-à-fait inconsidérée. Voici du reste sa teneur. « Ce
sent d'être inscrites au bulletin n° 3 délivré au simple par
culier : un an après l'expiration de la peine corporelle ou
paiement de l'amende, la condamnation unique à moins
six jours de prison ou à une amende ne dépassant p
vingt-cinq francs ou à ces deux peines réunies, sauf le cas
ces condamnations entraîneraient une incapacité civile ou pol
tique ». Cette disposition, née d'un amendement de M. Th
zard, n'a, en réalité, ainsi que nous l'avons déjà remarq
en étudiant l'ensemble de l'art. 8, presque aucune porté
Sa modification s'impose. Nous ne saurions mieux faire,
reste, que de reproduire sur ce point l'Exposé des motifs
projet de loi du 4 décembre 1899 que voici. « En faisa

disparaître du bulletin n° 3 un an après l'exécution de la peine, la condamnation unique à moins de six jours d'emprisonnement ou à une amende ne dépassant pas vingt-cinq francs ou à ces deux peines réunies, le législateur a voulu restreindre cette faveur toute spéciale, en raison de la brièveté du délai d'épreuve, aux condamnations de cette catégorie qui n'entacheraient pas gravement l'honorabilité des délinquants. Ne pouvant énumérer toutes les infractions qu'il conviendrait d'exclure, il a adopté une formule générale qui semble, au premier abord, traduire exactement sa pensée en exceptant les condamnations qui entraînent une incapacité civile ou politique.

» Mais, en voulant appliquer cette disposition, on s'est vite aperçu que la formule, séduisante dans sa concision, était en réalité beaucoup trop large et enlevait à la première partie du paragraphe toute sa portée. Les rédacteurs de l'article ont songé surtout aux incapacités électorales écrites dans les art. 15 et 16, modifiés par les lois des 24 janvier 1889 et 10 mars 1898, du décret du 2 février 1852, peut-être aussi à celles prévues par l'art. 2 de la loi du 8 décembre 1883 relative à l'élection des juges consulaires et qui, depuis la loi du 23 janvier 1898, s'appliquent même aux femmes commerçantes.

» Mais n'a-t-on pas perdu de vue que la loi du 21 nov. 1872 sur le jury édicte des incapacités beaucoup plus nombreuses et que, notamment, la condamnation à une peine d'emprisonnement d'une durée quelconque, pour quelque délit que ce soit, prive, au moins temporairement, celui qui en est l'objet du droit d'être juré?

» Il en résulte que la restriction contenue dans l'art. 8 n° 1, si on la prend en un sens absolu et comme applicable à toute

condamnation de nature à entraîner une incapacité civile o politique, abstraction faite de la nationalité, du sexe et d l'âge des délinquants, aurait pour effet d'exclure tous les con damnés à l'emprisonnement : ce qui implique une contradi tion manifeste dans l'ensemble de l'alinéa.

» Si, au contraire, on cherche à déterminer, ce qui para d'ailleurs conforme à la pensée du législateur, l'applicatio de la restriction dont il s'agit, en tenant compte de la situa tion particulière de chaque condamné, on se heurte à d anomalies et à des difficultés presque insurmontables.

» Les étrangers, ne pouvant encourir une incapacité politiqu en France, y échapperaient presque toujours et seraient ain plus favorisés que nos nationaux. Il en sera de même d femmes, et telle condamnation qui disparaîtra après le dél légal du bulletin n° 3 d'une femme, continuera de figurer su le bulletin d'un homme. Il faudra distinguer, même parı les femmes, entre celles qui ne sont pas commerçantes celles qui le sont. Ces dernières participent à l'élection d juges consulaires et peuvent perdre ce droit d'électorat p l'effet de certaines condamnations.

» La loi du 21 novembre 1872 édicte pour une catégorie d condamnés l'exclusion temporaire de la liste du jury ; mais faut, pour remplir les fonctions de juré, être âgé de 30 a accomplis.

» Que décidera-t-on à l'égard des condamnés qui n'ont p atteint cet âge lorsqu'ils seront frappés par la justice ? Q décider, d'autre part, pour ceux qui exercent des fonctio incompatibles avec celles de jurés ou qui ne peuvent êt jurés parce qu'ils sont serviteurs à gage ou parce qu'ils n savent ni lire ni écrire ?

» Il est à craindre que les greffiers ne rencontrent des difficultés inextricables s'ils doivent, dans chaque cas particulier, vérifier la situation spéciale du condamné, prendre en considération sa nationalité, son sexe, son âge, sa qualité pour rechercher s'il exerce actuellement ses droits civils ou politiques ou s'il sera appelé à les exercer à une époque assez rapprochée pour que la restriction prévue par l'article 8 n° 1 puisse, à un moment quelconque, lui être opposée.

» Il nous a semblé, en conséquence, qu'une modification de ce texte s'imposait impérieusement.

» En présence des intentions nettement formulées par le législateur, nous ne pouvions songer à faire disparaître la faveur qu'il a voulu accorder aux individus frappés d'une peine légère.

» D'autre part, il fallait tenir compte de la gravité morale de celles de ces condamnations qui entraînent une incapacité.

» La solution qui nous a paru le mieux concilier ces deux points de vue différents consiste à augmenter le délai, c'est-à-dire à le porter dans tous les cas à deux ans et en même temps à effacer la restriction contenue dans le dernier membre de phrase du n° 1 de l'article 8 ».

E. L'article 10, § 3 est supprimé par l'article 1 du projet du 4 décembre 1899. Cette disposition, en effet, est rendue inutile par les prescriptions contenues dans l'article 2 du même projet.

F. L'article 12 de la loi du 5 août 1899 déclare textuellement « que l'étranger n'aura droit aux dispenses d'inscriptions sur le bulletin n° 2 que si, dans son pays d'origine, une loi ou un traité réserve aux condamnés français des avantages

analogues ». Cet article contient une erreur matérielle q
corrige le projet du 4 décembre 1899. Il s'agit du bulle
n° 3 et non du bulletin n° 2 qui est réfractaire à toute d
pense d'inscription, qu'il s'agisse de Français ou d'étra
gers.

G. L'art. 14, § 6 déclare que lorsque la requête en rect
cation judiciaire est admise, les frais sont supportés par ce
qui aura été la cause de l'inscription reconnue erronée, s'
été appelé dans l'instance. Mais il ne dit pas à qui ils inco
bent lorsque ce dernier n'a pas été appelé dans l'instance
est évident qu'ils doivent incomber au Trésor et le projet
4 décembre 1899 répare cette lacune.

H. L'art. 14 § 9 déclare que les actes, jugements et arr
relatifs à la procédure de rectification du casier judicia
seront dispensés de timbre et enregistrés gratis. Cette dis
sition a pour but de ne pas décourager les demandes
rectification. Elle doit être maintenue. Mais afin de sauveg
der dans la mesure du possible les droits éventuels du Tré
public contre ceux qui auront été condamnés aux frais
vertu des § 5 et 6 de l'art. 14, le projet apporte au texte
§ 9 une légère modification en déclarant que les actes, ju
ments et arrêts relatifs à la procédure de rectification ser
visés pour timbre et enregistrés en débet.

Article deuxième du projet. — L'art. 2 du projet du 4
cembre 1899 ajoute à la loi du 5 août 1899 deux articles n
veaux, ce qui porte à 16 le nombre total des articles.

A. Le nouvel art. 15 répare un oubli commis par le lég
lateur, qui, en créant une procédure spéciale dans l'art. 14,
s'est préoccupé, ainsi que le démontrent les travaux prépa
toires et le contexte des autres paragraphes, que de la recti

cation du casier dans le cas où une mention erronée provient de ce qu'une condamnation prononcée au nom d'un individu ne lui est pas en réalité applicable. Or, l'interprétation des art. 7, 8, 9 peut donner lieu à des réclamations de la part des intéressés qui prétendent qu'une ou plusieurs mentions ne doivent pas figurer sur le bulletin n° 3; l'application des lois d'amnistie peut susciter des difficultés. L'art. 15 étend purement et simplement les dispositions de l'art. 14 à ces divers cas qui bénéficieront dès lors de la procédure simplifiée et peu coûteuse créée par ce dernier article. Il en sera de même pour les contestations sur la réhabilitation réglées jusqu'ici par l'art. 10 § 3; ce dernier paragraphe est supprimé. Et désormais, comme le fait remarquer l'Exposé des motifs, toutes les questions relatives à l'application de la loi sur le casier judiciaire seront tranchées par les juridictions pénales. S'il s'agit de la rectification réglée par l'art. 14, la juridiction compétente sera le tribunal ou la cour dont émane la décision critiquée; s'il s'agit de l'un des cas prévus par l'art. 15, c'est au tribunal correctionnel du lieu du domicile, et non au tribunal civil de ce même lieu, comme dans le système de la loi du 5 août 1899, que la requête en vertu de cet art. 15 devra être soumise.

B. Le nouvel art. 16 généralise la disposition finale de l'ancien art. 10 § 3 et déclare « que les jugements et arrêts rendus dans les conditions prévues par les art. 14 et 15 peuvent être l'objet des voies de recours établies par le code d'instruction criminelle ou, dans le cas de l'art. 14, par la législation spéciale à la juridiction qui aura statué sur la rectification ».

Le projet de loi que nous venons d'analyser n'a pas encore

été examiné par le Parlement. Son adoption complètera de la manière la plus heureuse les dispositions de la loi du 5 août 1899 et fera disparaître les quelques imperfections de cette œuvre que, dans son empressement à réaliser une réforme urgente, le législateur nous a livrée inachevée.

Vu : Le Président de la thèse :
MARANDOUT.

Vu : *Le Doyen,*
BAUDRY-LACANTINERIE

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 19 mai 1900,
Le Recteur,
Gaston BIZOS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vu de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté d 12 août 1879).

CIRCULAIRES

RELATIVES AU CASIER JUDICIAIRE DEPUIS SA CRÉATION JUSQU'A LA LOI DU 5 AOUT 1899

Circulaires du ministre de la justice, 6 novembre 1850 (*Rec. off.*, t. II, p. 146); — 30 décembre 1850 (*Rec. off.*, II, 167); — 4 juin 1851 (Gillet, n° 3493); — 1er juillet 1851 (*Rec. off.*, II, 183); — 23 mai 1853 (*Rec. off.*, II, 225); — 30 août 1855 (*Rec. off.*, II, 319; — 26 septembre 1855 (Gillet, n° 3779); — 1er juillet 1856 (*Rec. off.*, II, 338); — 10 décembre 1857 (*Rec. off.*, II, 385); — 25 octobre 1859 (*Rec. off.*, II, 469); — 10 décembre 1859 (*Rec. off.*, II, 479); — 12 décembre 1860 (*Rec. off.*, II, 497); — 1er décembre 1861 (*Rec. off.*, II, 515); — 20 mai 1862 (*Rec. off.*, II, 520); — 1er décembre 1862 (*Rec. off.*, II, 532); — 3 décembre 1863 (*Rec. off.*, III, 32); — 8 août 1867 (Gillet, n° 4237; — 8 décembre 1868 (*Rec. off.*, III, 136); — 29 novembre 1869 (*Rec. off*, III, 147); — 25 novembre 1871 (*Rec. off.*, III, 176); — 26 février 1872 (*Rec. off.*, III, 194); — 2 septembre 1872 (*Rec. off.*, III, 218); — 30 novembre 1872 (*Rec. off.*, III, 233); — 7 février 1873 (Gillet, n° 4391); — 30 décembre 1873 (*Rec. off.*, III, 268); — 19 février 1874 (*Rec. off.*, III, 282); — 28 novembre 1874 (*Rec. off.*, III, 315); — 15 décembre 1874 (*Rec. off.*, III, 318); — 18 décembre 1874 (*Rec. off.*, III, 321); — 28 avril 1875 (*Rec. off.*, III, 347); — 27 août 1875 (*Rec. off.*, III, 363); — 8 octobre 1875 (*Rec. off.*, III, 407); — 8 décembre 1875 (*Rec. off.*, III, 407); — 14 août 1876, § 8 (*Bull. off.*, 1876, p. 145); — 6 décembre 1876, (*Bull. off.*, 1876, p. 244); — 5 mai 1877 (*Bull. off.*, 1877, p. 53); — 3 décembre 1877 (*Bull. off.*, 1877, p. 140); — 20 février 1878 (*Bull. off*, 1878, p. 6); — 20 juillet 1878 (*Bull. off.*, 1878, p. 68); — 30 novembre 1878 (*Bull. off.*, 1878, p. 124); — 21 décembre 1878 (*Bull. off.*, 1878, p. 132); — 4 décembre 1879 (*Bull. off.*, 1879, p. 247); — 15 novembre 1880 (*Bull. off.*, 1880, p. 264); — 20 décembre 1880 (*Bull. off.*, 1880, p. 283); — 7 décembre 1881 (*Bull. off.*, 1881, p. 153); — 28 décembre 1881 (*Bull. off.*, 1881, p. 161); — 2 décembre 1882 (*Bull. off.*, 1882, p. 228); — 31 mai 1883 (*Bull. off.*, 1883, p. 53); — 4 décembre 1884 (*Bull. off.*, 1884, p. 221); — 17 avril 1885 (*J. des P.*, 86. 3. 2); — 24 octobre 1885 (*J. des P.*, 86. 3. 22); — 5 décembre 1885 (*J. des P.*, 86. 3. 61); — 10 avril 1886 (*J. des P.*, 86. 3. 76); — 18 mai 1886 (*J. des P.*, 86. 3. 102); — 4 décembre 1886 (*J. des P.*, 87. 3. 20); — 1er août 1887 (*J. des P.*, 87. 3. 81);

— 7 décembre 1887 (*J. des P.*, 88. 3. 4); — 7 mai 1888 (*J. des P.*, 88. 3. 75); — 4 juin 1888 (*J. des P.*, 88. 3. 79); — 15 décembre 1888 (*J. des P.*, 89. 3. 15); — 15 mars 1889 (*J. des P.*, 89. 3. 53); — 6 avril 1889 (*J. des P.*, 89. 3. 60); — 8 janvier 1890 (*J. des P.*, 90. 3. 69); — 17 juin 1890 (*J. des P.*, 90. 3. 203); — 13 mars 1891 (*J. des P.*, 91. 3. 88); — 16 avril 1891 (*J. des P.*, 91. 3. 100); — 21 juillet 1891 (*J. des P.*, 91. 3. 125; — 19 décembre 1891 (*J. des P.*, 92. 3. 25); — 31 décembre 1892 (*J. des P.*, 93. 3. 11); — 26 mai 1893 (*J. des P.*, 93. 3. 112); — 28 décembre 1893 (*J. des P.*, 94. 3. 83); — 18 août 1894 (*J. des P.*, 95. 3. 42); — 15 décembre 1895 (*J. des P.*, 96. 3. 38); — 31 décembre 1896 (*J. des P.*, 97. 3. 204); — 31 juillet 1897 (*J. des P.*, 98. 3. 16; — 29 juillet 1899 (*J. des P.*, 99. 3. 171).

Circulaires du ministre de l'intérieur, 7 avril 1856 (Gillet, nº 3808); — 5 février 1890 (*J. des P.*, 90. 3. 198).

Circulaires du ministre de la guerre, 30 janvier 1851; — 18 avril 1851; — 10 juillet 1851 (Gillet, nº 3502); — 12 novembre 1881 (*Bull. off.*, 1881, p. 163); 4 avril 1885 (*Bull. off.*, 1885, p. 187).

Circulaires du ministre de la marine, 23 novembre 1850; — 13 octobre 1862; — 9 juillet 1867.

Circulaires du ministre des finances (Direction de la comptabilité générale), 30 juillet 1851; — 10 mars 1853; — 29 février 1888 (*J. des P.*, 88. 3. 52); — 8 décembre 1891 (*J. des P.*, 92. 3. 30).

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE III

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Le casier judiciaire sous le régime des circulaires.

CHAPITRE PREMIER. — Notions historiques 9

CHAPITRE II. — Le casier judiciaire à la veille de la réforme 16

DEUXIÈME PARTIE

La loi du 5 août 1899.

CHAPITRE PREMIER. — Notions historiques 25

CHAPITRE II. — De l'organisation du casier judiciaire 36

Section I. De la publicité du casier judiciaire 36

Section II. Du bulletin n° 1 65

Section III. Du bulletin n° 2 83

Section IV. Du bulletin n° 3 91

CHAPITRE III. — De la prescription du bulletin n° 3 104

CHAPITRE IV. — De la réhabilitation de droit 113

CHAPITRE V. — De la force probante du casier judiciaire avant et depuis la loi du 5 août 1899 127

CHAPITRE VI. — Sanctions. Rectifications. Procédure 135

CHAPITRE VII. — De certains casiers spéciaux 139

CHAPITRE VIII. — Le casier judiciaire en législation comparée et l'échange international des bulletins 144

CONCLUSION 157

CIRCULAIRES relatives au casier judiciaire depuis sa création jusqu'à la loi du 5 août 1899 167

23.888. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.



DE LA CONDITION DES MINEURS
DEVANT LA LOI PÉNALE

A la mémoire de mon Père,

JEAN-OCTAVE-MARIE DUSSON,

ancien notaire.

A ma Mère.

Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux

DE LA

CONDITION DES MINEURS

DEVANT LA LOI PÉNALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le 23 Juin 1900
à 2 heures et demie du soir.

PAR

HENRI DUSSON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX

« Quelque opinion qu'on ait sur les
» dogmes religieux, encore faut-il
» reconnaître cette vérité élémen-
» taire de sociologie : que les reli-
» gions sont un frein moral de premier
» ordre et, plus encore, un ressort
» moral. Le Christianisme, en parti-
» culier, a été demi un système
» complet de répression pour toutes
» les tendances mauvaises. »

A. FOUILLÉE.

PARIS
COURRIER LITTÉRAIRE DE LA PRESSE
48, Rue Mazarine, 48

—

1900

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MM. BAUDRY-LACANTINERIE, ✻, ✪ I., doyen, professeur de *Droit civil.*

SAIGNAT, ✻, ✪ I., assesseur du Doyen, professeur de *Droit civil.*

BARCKHAUSEN, O. ✻, ✪ I., professeur de *Droit administratif.*

DE LOYNES. ✪ I., professeur de *Droit civil.*

VIGNEAUX, ✪ I., professeur d'*Histoire du Droit.*

LE COCQ ✻, ✪ I., professeur de *Procédure civile.*

LEVILLAIN, ✪ I., professeur de *Droit commercial.*

MARANDOUT, ✪ I., professeur de *Droit criminel.*

DESPAGNET, ✪ I., professeur de *Droit international public.*

MONNIER, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DUGUIT, ✪ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif.*

DE BOECK, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DIDIER, ✪ I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle.*

CHÉNEAUX, professeur adjoint, chargé des cours de *Droit civil comparé* et de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, agrégé, chargé des cours de *Législation et Économie coloniales* et d'*Économie politique* (Doctorat).

BENZACAR, agrégé, chargé du cours d'*Économie politique* (Licence).

MM. SIGUIER, ✪ A., *secrétaire.*

PLATON, ✪ I., ancien élève de l'École des Hautes-Études, *sous-bibliothécaire.*

CAZADE, *Commis au secrétariat.*

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. MARANDOUT, professeur, *président.*

VIGNEAUX, professeur. } *suffragants.*

BENZACAR, agrégé. }



PRÉFACE

1. — Des quatre périodes qui se partagent la vie humaine : enfance, adolescence, âge mûr, vieillesse, les deux premières ont toujours attiré d'une façon particulièrement bienveillante l'attention des artistes et des savants, ou, pour mieux dire, de cette partie de l'humanité qui pense et réfléchit. Le législateur ne pouvait rester en arrière. Il a dû, lui aussi, se préoccuper de la jeunesse (*des mineurs*, dirons-nous en langage technique), dans ses rapports soit avec la justice civile, soit, — et c'est le point qui nous intéresse, — avec la justice pénale. Moins heureux en cela que l'artiste, le législateur, celui du moins qui fait la loi pénale, est obligé de soigner les plaies morales, comme le médecin les douleurs physiques : rôle ingrat, sans doute, mais plein d'une majestueuse noblesse. Nous verrons, dans le cours de cette étude, si le législateur français a su remplir à l'égard des mineurs cette mission si difficile et si délicate, qui peut se résumer en deux mots : punir et réformer.

2. — « L'homme, » dit M. Bertauld, « est un être intelligent et libre :
» intelligent, il comprend et apprécie ce qui est bien, ce qui est mal;
» libre, il a le pouvoir de préférer le bien au mal; et, s'il préfère le mal
» au bien, il a conscience d'exercer son choix à ses périls et risques. »

3. — Cette pensée met bien en lumière les deux termes essentiels de la responsabilité : intelligence et liberté, et en donne comme une définition. L'intelligence, c'est la faculté de discerner le bien du mal; la liberté, c'est la puissance de choisir entre le bien et le mal, la faculté interne de se déterminer à accomplir un acte : en un mot, c'est le libre arbitre; d'autre part, c'est aussi la faculté externe d'agir ou de ne pas agir. La liberté présuppose l'intelligence, mais cette dernière peut exister sans la liberté. Ces deux conditions sont du reste cumulativement exigées :

« *Il n'y a ni crime ni délit,* » dit l'article 64 du Code pénal, « *lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister;* »

Elles sont indispensables dans tous les cas, et quel que soit le rôle de l'agent dans la perpétration de l'acte incriminé : d'où cette conclusion naturelle que l'homme seul peut être responsable aux yeux du législateur.

4. — La consommation d'un fait contraire à la loi pénale ne suffit donc pas à elle-seule pour entraîner l'application d'une peine. L'homme ne ressemble pas à l'animal dont le fouet et le bâton châtient les inconscientes incartades. A côté du fait, ou élément matériel de l'infraction, se place en outre l'élément moral : il faut la responsabilité chez l'individu, et la responsabilité suppose à son tour l'existence préalable nécessaire de ces deux conditions : l'homme a compris qu'il faisait mal, — il a librement agi. La responsabilité entraîne l'imputabilité : imputer un fait a quelqu'un, c'est affirmer conséquemment qu'il en est en premier lieu la cause efficiente, et en second lieu la cause éclairée.

5. — Nous pouvons établir en principe que l'intelligence et la liberté sont l'apanage de tout être humain régulièrement constitué et placé dans des conditions normales d'existence : par suite, la responsabilité sera la règle générale; l'irresponsabilité, l'exception. Toutefois, une doctrine philosophique, représentée en Italie par l'école sociologique et défendue en France par les *Archives d'anthropologie criminelle et de science pénale,* conteste formellement ce point de départ. D'après l'école italienne et les partisans du *déterminisme*, le libre arbitre n'est qu'une pure illusion; le crime n'est que le résultat d'une organisation anormale et défectueuse de l'agent : d'où cette conséquence qu'il ne saurait y avoir pour lui de responsabilité pénale, puisque les actes par lui commis sont l'effet d'une force irrésistible. C'est revenir, qu'on le veuille ou non, à l'antique Fatalité! Il ne manque plus qu'un Eschyte ou un Sophocle pour immortaliser dans des drames lugubres le souvenir des crimes accomplis par un Eyraud ou un Ravachol et nous apitoyer sur la vaine résistance opposée par ces malheureux au bras qui les pousse irrésistiblement dans l'abîme. Inutile d'insister : nous n'avons point ici à discuter une doctrine que ses conséquences désastreuses suffisent d'ailleurs à condamner.

6. — Loin de nous cependant la prétention de faire de la responsabilité une règle absolue : il peut, en effet, se rencontrer des occasions où l'agent a manqué soit d'intelligence, soit de liberté. Nombreuses même sont les causes susceptibles de lui enlever l'une ou l'autre au point d'en faire un irresponsable; mais la plus intéressante est bien sans contredit celle qui résulte de la faiblesse de l'âge. Empruntons encore quelques lignes de M. Bertauld : « Si l'homme, » dit cet auteur, « naît » avec des facultés qui le prédestinent à la société et à l'appréciation de » la loi morale, principale règle des rapports sociaux, ces facultés ne se » développent qu'avec le temps; et la vie matérielle, en quelque sorte » animale, se prolonge un certain nombre d'années, avant de céder sa » place à la vie morale, dont l'avènement ne s'opère que longuement et » progressivement. » — Effectivement, il existe entre le corps et la raison, entre l'homme animal et l'homme intellectuel, une sorte d'antagonisme qui se révèle aux regards de l'observateur le moins attentif. Dans la première période de l'existence, celle de l'*infantia* proprement dite, la raison est tellement étouffée qu'elle semble n'exister pas; l'instinct seul, ou à peu près, fait agir le petit être. Est-il besoin de remarquer que pendant cette période, qui se prolonge plus ou moins, d'après les sujets, il ne peut être question d'imputabilité? « *Infantem innocentia consilii tuetur* » : c'est presque puéril à force d'évidence.

7. — Mais, peu à peu, la raison s'éveille; elle commence à briser les liens qui la retenaient captive; bientôt elle sera rivale de l'instinct, en attendant de régner à son tour en souveraine maîtresse sur ce corps qui fut son maître. Nous sommes dans la seconde période, celle qu'on peut appeler, d'un terme large, l'adolescence. Ici la responsabilité du sujet suit une marche parallèle à celle de sa raison et de sa liberté. Mais, comme ces facultés n'ont pas encore atteint leur entier développement, cette responsabilité sera toujours mitigée; en sorte que punir un jeune homme de quatorze ans comme un homme de vingt-cinq ou trente ans, constituerait une criarde injustice, propre à révolter la conscience populaire et par suite à énerver, voire même annihiler, l'exemplarité de la peine. Cette dernière devra être atténuée, afin que le juge puisse rétablir l'équilibre entre la répression et la responsabilité.

8. — Cette question de l'influence de l'âge en matière pénale nous a

paru assez intéressante pour arrêter quelques temps notre attention. Nous allons y consacrer les pages suivantes, tout en nous efforçant d'en faire une étude aussi complète que nous le permettra le modeste bagage de nos connaissances.

Bordeaux le 18 janvier 1900.

DE LA CONDITION DES MINEURS
DEVANT LA LOI PÉNALE

CHAPITRE PREMIER

Le Mineur dans l'Histoire

9. — Cicéron définit l'Histoire « *testis temporum, lux veritatis, vita memoriæ, magistra vitæ, nuntia vetustatis.* » En aucune autre matière, peut-être, plus qu'en droit, la justesse de ces paroles n'apparait avec autant d'évidence. Que d'institutions, sans le flambeau de l'Histoire, resteraient incompréhensibles; que d'autres, alors même qu'elles ne présentent aucune obscurité, revêtent un intérêt tout nouveau de la possibilité où l'on se trouve de remonter à leurs origines et de les comparer à elles-mêmes durant la chaîne ininterrompue des siècles écoulés ! Aussi nous a-t-il semblé trés utile, avant de commencer l'exposé de notre sujet, de jeter un coup d'œil en arrière, et de nous demander quelle a été la situation du mineur au point de vue pénal chez les Romains d'abord, puis dans notre ancien droit français et dans notre droit intermédiaire.

10. — Le peuple romain étant à son origine un peuple essentiellement rude et matériel, sa législation, comme celle de tout peuple, reflétait son état d'âme, avec ses qualités bonnes ou mauvaises, rudesse, matérialisme, caractère essentiellement pratique. Ainsi, au point de vue du développement de l'homme, il n'avait pris en considération que la nature, la suivant pas à pas dans sa marche, échelonnant d'après elle les différents âges de la vie humaine, basant enfin son appréciation sur deux phénomènes purement physiques : la parole et la puissance génératrice. La parole, parce que les parties devaient prononcer elles-



mêmes les formules consacrées, les termes sacramentels, au moyen desquels s'accomplissaient les actes du vieux droit quiritaire ; la puissance génératrice, parce que, sans elle, le mariage est impossible. Du développement de la civilisation naquirent des idées plus justes ; la jurisprudence, le droit prétorien et finalement le droit impérial abandonnèrent peu à peu ces considérations par trop matérielles, pour s'attacher à des appréciations plus intellectuelles basées sur le développement moral de l'individu, et c'est ainsi que s'établirent les périodes suivantes :

11. — En premier lieu l'Enfance, période indéterminée, où l'homme ne parle pas, mais dont la durée, nécessairement courte, ne s'étend guère au-delà de deux ans, époque où d'habitude le bébé commence à s'exprimer. Cette interprétation, que révèle l'étymologie du mot *infans*, est d'ailleurs corroborée par les jurisconsultes eux-mêmes. Citons au hasard : Ulpien au Digeste, Constantin, dans une constitution au Code : « ... *qui fari non potest*..., » disent-ils, « ... *priusquam fari possit*..., *qui fari potest*..., etc. (1). » Théophile, l'un des rédacteurs des *Institutes*, définit encore l'infans, dans sa paraphrase grecque : *celui qui ne peut pas encore parler, par exemple, celui qui est encore à la mamelle ou peu au-dessus de cet âge :* « Οἱ ἔτι θηλάζοντες, καὶ οἱ μικρῷ μείζονες, — *qui adhuc lactant, ant his paulo majores.* » — Les infantes, ajoute la Jurisprudence, n'ont aucune intelligence des choses sérieuses : « Οὐδεμίαν ἔχειν αἴσθεσιν νομίζοντα . (2). »

12. — En second lieu, l'âge au-dessus de l'Enfance : cette période commence avec la faculté de parler et se termine à l'apparition de la puberté. La Jurisprudence philosophique la subdivisa en deux parties : elle distingua *l'âge plus près de l'Enfance que de la puberté*, et, en sens inverse, *l'âge le plus près de la Puberté que de l'Enfance :* « Ἐπειδὴ

---

(1) Ulpien, l. 1, 2. D. de *Administratione et periculo tutorum*, XXVI, 7.
Constantin. l. 26. C. VIII, 53.
Nota. — Pour tous les textes du Digeste et du Code, nous renvoyons le lecteur à l'édition Mommsen et Krueger.
Théophile, paraphrase grecque des Institutes, III, 19 : *De inutilibus Stipulationibus*. § 9. Edit. Reitz, 1751.
(2) Théophile, loc. cit.

δὲ πούπιλλον εἶπον, χαθολιχῶς μάνθανε, ὅτι ἡ τοῦ πουπίλλου ἡλιχία εἰς τρία διαιρεῖται· τῶν γαρ πουπιλλων οἱ μέν εἰσιν *infantes*,....... οἱ δὲ λέγονται πρώξιμοι *infantiæ*, οἷον οἱ ἀρξαμενοι λαλεῖν χαλῶς, οἱ δὲ πρώξιμοι *pubertati* (1). »

13. — Toutefois, elle assimilait l'infanti proximus à l'infans ; cette assimilation fut même achevée au Bas-Empire par une constitution de Théodose au sujet de l'acceptation des hérédités maternelles : désormais il n'y aura plus à distinguer si la faculté de la parole a été plus ou moins précoce, plus ou moins tardive : « ... *Sive maturius, sive tardius, filius* » *fandi sumat auspicia* (2). » — Quant au *purbertati proximus*, c'est-à-dire, à celui qui avait atteint l'âge de sept ans, on lui reconnaissait quelque intelligence *(aliquem intellectum)*, mais non le jugement *(animi judicium)*.

14. — En troisième lieu la puberté, période dont le commencement correspond à l'apparition de la puissance génératrice. Le Pubère, d'après la Jurisprudence, jouissait de l'intelligence et du jugement.

15. — Enfin, la majorité de vingt-cinq ans, période introduite par la lex Plætoria, au VIe siècle de Rome, sanctionnée surtout par le droit prétorien et qui reposait sur cette considération que l'homme avait atteint son plein développement moral.

16. — Mais quel était le point précis séparant chacune des trois premières périodes? — A vrai dire, il n'en existait pas; on en était réduit aux approximations, vu l'impossibilité matérielle où l'on se trouvait, dans une matière où tout est relatif, d'établir des chiffres délimitant nettement des périodes qui variaient avec chaque individu. Cependant les médecins et les philosophes de l'antiquité avaient, dans leurs travaux, propagé une ingénieuse théorie, d'après laquelle, de sept ans en sept ans, tous les éléments constitutifs de cet agrégat qu'on appelle l'homme se trouvent renouvelés, provoquant une révolution organique qui s'exerce à la fois sur le physique et sur le moral. Cabanis, en nos temps modernes, a reproduit et développé cette théorie dans un mémoire intitulé : *Rapports du physique et du moral de l'homme* (3). Les jurisconsultes romains s'en

(1) Théophile, loc. cit.
(2) Arcadius, Honorius et Théodose, l. 8. C. théod. *de maternis bonis*, VIII, 18.
(3) Cabanis, 4e mémoire.

approprièrent quelque chose et l'introduisirent dans le droit. Dès lors, la tendance de leurs écoles, du moins celle des Proculéiens, fut de fixer uniformément pour les hommes le moment de la puberté à quatorze ans révolus. Cette fixation était faite au temps de César, ainsi que le prouvent les bronzes récemment découverts à Osuna : « Que les édiles, » y est-il dit, fassent exécuter les travaux de fortifications confor- » mément aux décrets des décurions, pourvu qu'ils n'obligent pas à » travailler malgré eux ceux qui ont moins de quatorze ans ou plus de » soixante ans (1). — *Uti decuriones censuerint, ita muniendum curanto* » *(ædiles), dum ne invito ejus opera exigatur qui minor amorum XIIII* » *ant major annorum LX natus erit.* » — Justinien, aux Institutes, consacra législativement cette doctrine en ces termes : « Dans une sainte » constitution, que nous avons déjà promulguée, nous avons décidé que » la puberté commence pour les hommes dès l'instant où ils ont accom- » pli leur quatorzième année. — *Sancta constitutione promulgata puber-* » *tatem in masculis post quartum decimum annum completum illico ini-* » *tium accipere disposuimus* (2). » — Dans ce texte, Justinien fait allusion à une constitution qu'il avait, en effet, rendue en l'an 529, et dans laquelle il disait : « Abrogeant une coutume inconvenante, en ce qui » concerne l'examen de la puberté chez les hommes, nous ordonnons » ce qui suit : de même que les femmes sont censées nubiles à l'âge de » douze ans accomplis, de même aussi que les hommes soient regardés » comme pubères, dès que leur quatorzième année est révolue, et « qu'ainsi cesse un examen corporel tout à fait malséant. — *Indecoram* » *observationem in examinanda marum pubertate resecantes, jubemus,* » *quemadmodum feminæ post impletos duodecim annos omnimodo pubes-* » *cere judicantur, ita et mares, post excessum quatuordecim annorum,* » *puberes existimentur, indagatione corporis inhonesta cessante* (3). »

17. — Les termes de cette constitution, paraphrasés d'ailleurs dans le texte des institutes précité, nous révèlent qu'un motif de décence avait

---

(1) Bronzes d'Osuna, *Tabula tertia,* XCVIII : dans Bruns, Fontes Juris. Edit. 1893, p. 132.

(2) Instit., I, *Quibus modis tutela finitur,* 22, princip.

(3) Justinien, l. 3. C. *Quando curatores vel tutores esse desinant,* V, 60.

déterminé les jurisconsultes à fixer à douze ans, d'une façon uniforme, l'époque de la nubilité, afin d'éviter une recherche blessante pour l'honneur de la jeune fille, « *inspectionem habitudinis corporis... quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est..*, (1). »

18. — Pour être complet, mentionnons au passage que le préteur avait introduit dans son édit une autre distinction entre les majeurs et les mineurs de vingt-cinq ans, sans s'arrêter à la théorie des périodes septennales, et cela, dit Ulpien, parce que, pour les mineurs de vingt-cinq ans, il appert « *fragile esse et infirmum hujusmodi ætatium consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum,* » tandis que, au-delà de cet âge, « *compleri virilem vigorem constat* (2). »

19. — En résumé donc, le droit romain admettait les disctinctions suivantes dans l'âge des personnes :

1° L'Enfance ;

2° L'âge plus près de l'Enfance que de la Puberté;

3° L'âge plus près de la Puberté que de l'Enfance;

4° La Puberté ;

5° Enfin, la Majorité de vingt-cinq ans.

20. — De l'exposé qui précède se dégage la question de savoir quelles étaient les conséquences pénales attachées à chaque degré de l'échelle des âges. La réponse n'est pas très aisée. Le droit romain, au point de vue civil, avait acquis un prodigieux développement, à tel point qu'on n'ose plus faire l'éloge de cette raison écrite, dont se sont inspirées toutes les législations modernes. Mais le droit criminel romain n'a été que fort peu étudié en France, où l'on professe pour lui une sorte de défaveur. Il nous faut aller chez nos voisins, les Allemands, pour trouver sur la matière des études sérieusement développées. Et pourtant le Droit criminel, toujours en rapport, nous l'avons déjà dit, avec le développement des libertés et de la civilisation d'un peuple, avait dû atteindre le plus remarquable degré de perfection, surtout à cette époque brillante de la

---

(1) Instit., loc. cit.

(2) Ulpien, l. 1, pr. D. *de minoribus viginti quinque annis*, IIII. 4.

République où le peuple romain aurait pu s'écrier, avec non moins de vérité que l'Auguste Cornélien :

« Je suis maître de moi comme de l'Univers ! »

M. Ferdinand Walter, professeur à l'Université de Bonn, a nettement établi ce point en étudiant dans leurs détails les délits, les peines, les juridictions spéciales, la procédure criminelle et les procédures spéciales de l'ancienne Rome. M. Rambaud exagère donc un peu lorsque, dans son beau livre sur *Les Actes des Martyrs*, il s'écrie avec une indignation, d'ailleurs bien légitime : « On peut déclarer ouvertement que » les jurisconsultes romains n'ont jamais connu, ni soupçonné, les pre- » miers éléments de droit pénal. La définition des délits, la classification » des peines avec leur proportionnalité et leur gradation, les règles les » plus élémentaires sur la responsabilité morale, les questions d'inten- » tion, de préméditation, de complicité, rien n'a été prévu ou étudié, et » l'on ne s'est pas même demandé *si des enfants, dès l'âge le plus tendre,* » *ne devaient pas être traités comme des criminels* (1). »

21. — Si nous pouvons reprocher à M. Walter, et surtout à son traducteur, M. Picquet-Damesme, de peindre le tableau sous des couleurs trop brillantes, nous reprocherons bien davantage à M. Rambaud de le peindre trop en noir. L'éminent écrivain a sans doute été induit en erreur par une phrase où Pline le Jeune, parlant des chrétiens, ne sait pas s'il faut distinguer les âges, et si les enfants les plus jeunes ne doivent pas être traités comme les hommes les plus robustes : « *Nec medio-* « *criter haesitari,* » dit-il, « *sitne aliquid discrimen aetatum, an quamlibet* » *teneri nihil a robustioribus differant* » (2). — M. Rambaud semble en être arrivé à sa conclusion par ce raisonnement bien simple : puisque Pline manifeste des hésitations, c'est que, à son époque, la loi pénale romaine n'a pas fait encore aux mineurs une situation spéciale ; autrement, ces incertitudes ne se comprendraient pas de la part d'un homme comme Pline, dont la science juridique était au moins égale à celle des magistrats de son siècle. — C'est trop généraliser. La vérité est qu'à

---

(1) Rambaud. Le Droit criminel Romain dans les Actes des Martyrs, p. 4.
(2) Pline. Lettres, X, XCVII.

l'égard des chrétiens la légalité faisait place à l'arbitraire le plus révoltant; mais nous allons voir tout à l'heure que les mineurs ont été l'objet d'une sollicitude, pour ainsi dire, constante de la part des jurisconsultes et empereurs romains. A chaque instant, dans les textes, Papinien, Ulpien, Paul, Tryphoninus, Constantin, prennent en considération la faiblesse de l'âge, la responsabilité morale, l'intention, la préméditation.

22. — A leur tour, MM. Querénet et Guillaud, dans des thèses par ailleurs sérieusement documentées, portent sur cette page du droit romain une appréciation qui, pour être reproduite de M. Ortolan, ne nous en paraît pas moins un peu superficielle.

23. — Mais, comme on pourrait nous demander d'étayer notre argumentation, nous avons, conformément à l'adage plusieurs fois séculaire « *Sapiens nihil affirmat quod non probet*, » poursuivi dans le Digeste, le Code, les Institutes, nos investigations à l'effet d'atténuer les critiques rigoureuses que certains auteurs n'ont pas ménagées au droit romain. Nous ne prétendons pas affirmer que ce droit romain, si décrié. ait dit le dernier mot sur la question des mineurs. Non, certes! Mais, s'il offre des lacunes, si le côté procédural est laissé dans l'ombre, si même nous n'y trouvons pas, pour l'application des peines, d'échelle générale analogue à celle de nos articles 67 et 69, s'il laisse une large place à l'arbitraire, nous ajoutons qu'il serait tout au moins puéril d'exiger d'une législation passée les perfectionnements qui sont un fruit direct de l'expérience des âges, des progrès de la civilisation, et que nos législateurs modernes sont loin, d'ailleurs, d'avoir atteinte, même à la lueur des principes, soi-disant immortels, puisés dans le *Contrat Social*, même à la lueur des doctrines métaphysiques et des théories humanitaires professées par Robespierre, Marat... et M. Lombroso.

24. — Entrons maintenant dans le détail, en nous arrêtant en premier lieu sur les *infantes* et les *infanti proximi*. — Les enfants au-dessous de sept ans, ne pouvant commettre aucun délit, ne sont pas punis, attendu qu'à cet âge il est impossible de se faire une idée du droit, ni d'avoir une volonté criminelle. Les textes suivants nous l'apprennent (1) :

---

(1) Parmi les textes que nous allons citer, il en est qui se réfèrent plutôt au Droit civil. Mais, comme on appliquait, à Rome, en matière pénale, les mêmes distinctions

25. — Ulpien, l. 5, 2, D., *Ad legem Aquiliam*, IX, 2.

Quærimus, si furiosus damnum dederit, au legis Aquiliæ actio sit? — Et Pegasus negavit : quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit? — Et hoc est verissimum, Cessabit igitur Aquiliæ actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum : et hoc puto verum, si sit jam injuriæ capax.

Nous demandons, étant donné qu'un furiosus a occasionné un dommage, s'il y a lieu d'appliquer l'action de la loi Aquilia! — Pégase a dit que non : quelle faute, en effet, peut-on lui reprocher, puisqu'il n'est pas maître de sa raison? — C'est parfaitement vrai! En conséquence, l'action de la loi Aquilia cessera de s'appliquer, de même qu'il n'y a pas lieu de l'appliquer, si le dommage est causé par un animal ou la chute d'une tuile. — Mais si le dommage provient d'un enfant? Notre réponse sera la même. Si c'est un impubère qui commet le fait dommageable, Labéon dit que, comme il est tenu de l'action furti, il est aussi tenu de l'action aquilienne. C'est vrai, à mon sens, si, du moins, l'impubère est déjà capable d'injure.

26. — Modestin, l. 12. D., *Ad legem corneliam de sicariis et veneficis*, XXXXVIII, 8.

Infans vel furiorus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat.

Si un infans ou un furiosus vient à tuer un homme, la loi Cornélia ne lui est pas applicable, attendu que l'un est protégé par l'innocence de son intention, et que l'autre trouve une excuse dans l'infortune de sa destinée.

27. — Les impubères n'échappent pas absolument à tout châtiment,

---

de période qu'en matière civile, nous avons cru pouvoir. étant donnée l'analogie, rapprocher les uns des autres des textes tirés de ces deux branches de la législation romaine.

s'ils sont *doli capaces :* ce qui est un point à examiner d'après la nature de chaque infraction. Le juge statue donc sur la responsabilité des enfants, depuis l'âge de sept ans jusqu'à l'âge de quatorze ans.

28. — Ulpien, l. 23, D., *de Furtis*, XXXXVII, 2.

Impuberem furtum facere posse, si jam doli capax sit, Julianus libro vicensimo secundo digestorum scripsit : item posse cum impubere damni injuria agi, quia id furtum ab impubere fit. Sed modum esse adhibendum ait : nam in infantes id non cadere. — Nos putamus cum impubere culpæ capace Aquilia agi posse. Item verum est quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum.

L'impubère peut commettre un furtum, s'il est déjà capable de dol, écrit Julien au livre vingt-deux de ses digestes. C'est ainsi, dit-il, qu'on peut agir contre un impubère pour dommage injuste, parce qu'un impubère est capable de vol. Mais il faut garder une juste mesure, car cela n'atteint pas les infantes. — Quant à nous, nous estimons que, contre un impubère capable d'astuce, on peut agir par la loi Aquilia. Il est vrai aussi de dire avec Labéon, que la complicité d'un impubère dans l'accomplissement d'un larcin, ne le fait pas tomber sous le coup de cette loi.

29. — Claudius Saturninus, l. 16, 3, D., *de Pœnis,* XXXXVIII, 19.

Persona dupliciter spectatur, ejus qui fecit et ejus qui passus est : aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus servi quam liberi, et aliter, qui quid in dominum parentemve ausus est quam qui in extraneum, in magistratum vel in privatum. In ejus rei consideratioue ætatis quoque ratio habeatur.

La personne doit être envisagée au double point de vue du sujet actif et du sujet passif : en effet, pour les mêmes crimes, les esclaves sont punis autrement que les hommes libres; autre aussi sera le châtiment de l'homme qui a commis un attentat contre un étranger, un magistrat ou un simple particulier. Dans l'appréciation de ce point on prendra aussi l'âge en considération.

30. — Paul, l. 108, D., *de diversis regulis juris antiqui*, L, 17.

Fere in omnibus pœnalibus judi-

Dans presque tous les jugements

ciis et aetati et imprudentiæ succurritur.

pénals, on a égard à l'âge et à l'imprévoyance.

31. — Alexandre, l. 7, C., *de Pœnis*, IX, 47.

Impunitas delictis propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit in quam crimen quod intenditur cadere potest.

L'impunité n'est point accordée aux délinquants à raison de leur âge, pourvu, néanmoins, que l'auteur du fait incriminé soit à un âge où il peut en être rendu responsable.

32. — Ulpien, l. 23, 2, D., *de Aedilicio edicto*. XXI, 1.

Excipitur etiam ille qui capitalem fraudem admisit. Capitalem fraudem admittere est tale aliquid delinquere, propter quod capite puniendus sit : veteres enim fraudem pro pœna ponere solebant. Capitalem fraudem admisisse accipiemus dolo malo et per nequitiam : ceterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit edictum. Unde Pomponius ait neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse.

Il y a aussi exception pour celui qui a commis un crime capital. Commettre un crime capital, c'est tomber dans une faute pouvant entraîner la peine capitale : nos anciens, en effet, employaient d'habitude *fraus*, pour *pœna*. En parlant de crime capital nous entendons dire qu'il a été commis avec intention mauvaise et méchanceté; car, si l'erreur ou le hasard a seul occasionné le fait, il n'y aura plus lieu d'appliquer l'édit. Ce qui fait dire à Pomponius que ni l'impubère, ni le furiosus ne semblent pouvoir commettre un crime susceptible d'entraîner la peine de mort.

33. — Ulpien, l. 1, 15, D., *Depositi vel contra*, XVI, 3.

An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quæritur. Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit : nam et in quantum locupletior factus est datur

Un pupille chez qui l'on a fait un dépôt sans l'autorisation de son tuteur est-il tenu de l'action depositi? telle est la question. Il faut répondre affirmativement, si vous avez fait le dépôt chez un pupille déjà capable de dol et qu'il ait commis un dol, car l'actiou est donnée

actio in cum et si dolus non intervenit.

contre lui dans la mesure de son enrichissement, alors même qu'il n'y a aucun dol à lui reprocher.

34. — Ulpien, l. 3, 2 D., *de Tributoria actione*, XIIII, 4.

Si ipsius pupilli dolo factum sit, si ejus aetatis sit ut dol capax sit, efficere ut teneatur, quamvis scientia ejus non sufficiat ad negotiationem.

Si le pupille lui-même a causé le fait par son dol, et s'il se trouve à un âge où le dol puisse lui être imputé, il en résulte qu'il est tenu, quoique son expérience ne lui donne pas le droit de faire du commerce.

35. — Ulpien, l. 4, 26, D., *de doli mali et metus exceptione*, XXXXIIII, 4.

De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis exceptio utique locum habebit : nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum nequaquam ambigendum est ex ea aetate, quæ dolo non careat. Denique Julianus quoque sæpissime scribsit doli pupillos qui prope pubertatem sunt, capaces esse.

Quant au dol du mineur de vingt-cinq ans, l'exception en sera toujours admise; car, même pour un pupille, l'exception de dol doit parfois être admise, on n'en saurait douter, s'il se trouve à un âge où la malice ne lui est pas étrangère. Enfin, Julien, lui aussi, a écrit très souvent que les pupilles qui approchent de la puberté sont capables de dol.

36. — Ulpien, l, 13, 1, D., *de dolo malo*, IIII, 3.

In causæ cognitione versari Labeo ait ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est, maxime si locupletior ex hoc factus est.

Il dépend de l'examen d'une affaire, dit Labéon, que l'action de dolo ne soit pas donnée contre un pupille, à moins qu'il ne soit poursuivi pour une question d'héritage. Quant à moi, j'estime que le pupille doit être poursuivi pour son dol, s'il est tout à fait proche de la puberté, surtout s'il en est résulté pour lui un enrichissement.

37. — Les textes suivants ont trait à des délits spéciaux :

38. — Ulpien, l. 5, 2, D., *ad Legem Aquiliam*, IX, 2 : *vide supra*, même texte *in fine;*

39. — Ulpien, l. 23, D., *de Furtis*, XXXXVII, 2 : *vide supra*, même texte;

40. — Instituts, IV, *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, 1, 18.

In summa sciendum est quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere.

Qu'on sache bien, surtout, qu'on s'est demandé si un impubère, en dérobant la chose d'autrui, commet un larcin. La réponse est celle-ci : comme le larcin dépend de l'intention, l'impubère sera tenu de ce chef, s'il est proche de la puberté, et s'il comprend, par suite, qu'il a commis une faute.

Ce dernier texte est emprunté de Gaius : *Comm.*, III, 208.

41. — Ulpien, l. 2, 19, D., *Vi bonorum raptorum et de turba*, XXXXVII, 8.

Vi bonorum raptorum actio in impuberem, qui doli mali capax non est non dabitur, nisi servus ipsius vel familia ejus admisisse proponantur, et servi et familiæ nomine noxali vi bonorum raptorum actione tenetur.

L'action vi bonorum raptorum ne sera pas donnée contre un impubère qui n'est pas capable d'un dol, à moins que son esclave ou sa familia ne soient représentés comme ayant commis le vol, auquel cas il est tenu et pour son esclave et pour sa familia de l'action noxale vi bonorum raptorum.

42. — Ulpien, l. 3, 1, D., *de Injuriis et famosis libellis*, XXXXVII, 10.

Sane sunt quidam qui facere non possunt, ut puta furiosus et impubes, qui doli capax non est : namque hi pati injuriam solent, non facere. Cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos, sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri.

Il en est assurément qui ne peuvent commettre d'injure : tels, par exemple, le furiosus et l'impubère qui n'est pas capable de dol : ces derniers habituellement souffrent l'injure, mais ne la font pas. Comme, en effet, l'injure dépend de l'intention de celui qui la fait, il sera logique de dire que l'impubère et le furiosus, soit qu'ils frappent, soit qu'ils disent des insultes, ne paraissent pas faire une injure.

43. — Gaius, l. 111, princip., D., *de diversis regulis juris antiqui*, L, 17.

Pupillum qui proximus pubertati sit capacem esse et furandi et injuriæ faciendæ.

Le pupille qui est proche de la puberté est capable d'acccomplir et un larcin et une injure.

44. — De même on dit avoir pour l'âge tel égard que de raison dans les crimes de faux, d'assassinat, de viol, de sépulture et dans le cas d'infraction au Sénatus-Consulte Silanien :

45. — Paul, l. 22, princ., D., *de Lege Cornelia de falsis et de senatus cousulto Liboniano*, XXXXVIII, 10.

Impuberem in hoc edictum incidere dicendum non est, quoniam falsi crimine vix possit teneri, cum dolus malus in eam ætatem non cadit.

L'impubère ne tombe pas sous le coup de cet édit, parce que c'est à peine s'il peut être tenu du crime de faux, étant donné qu'à cet âge on n'est pas capable de dol.

46. — Constantin, l. 1, 6, C., *de Falsa Moneta*, IX, 24.

Viduas autem ac pupillos speciali dignos indulgentia credidimus, ut viduæ nec in proximo constitutæ domo sua vel possessione careant, si nulla apud ipsas tam gravis conscientiæ noxa resideat, impuberes vero, etiamsi conscii fuerint, nullum sustineant detrimentum, quia ætas eorum quid videat ignorat.

Les veuves et les pupilles nous ont paru dignes d'une indulgence spéciale; en sorte que les veuves, même habitant le voisinage, ne sont dépouillées ni de leurs maisons, ni de leurs biens, pourvu qu'elles n'aient pas eu la moindre connaissance d'un fait si criminel; quant aux impubères, alors même qu'ils auraient eu connaissance du crime, ils n'en éprouveront aucun préjudice, parce que leur âge ne leur permet pas de comprendre ce qu'ils voient.

47. — Constantin, l. 4, C. Théod., *de falsa moneta*, IX, 21 : même texte que le précédent.

48. — Dioclétien et Maximien, l. 5, C., *ad legem corneliam de sicariis*, VIIII, 16.

Si quis te reum Corneliæ legis de

Si quelqu'un te déclare passible

sicariis fecerit, innocentia purgari crimen, non adulta ætate defendi convenit.

de la loi Cornelia sur les assassins, il convient que ton innocence efface le crime, et que la jeunesse de ton âge soit ton défenseur.

49. — Ulpien, l. 3, 1, D., *de Sepulchro violato*, XXXXVII, 12.

Prima verba ostendunt eum demum ex hoc plecti qui dolo malo violavit. Si igitur dolus absit, cessabit ejusdem. Personæ igitur doli non capaces, ut admodum impuberes, item omnes, qui non animo violandi accedunt, excusati sunt.

Les premières paroles montrent que celui-là seul est frappé par cette action qui a violé un sépulcre avec une intention dolosive. Si donc le dol manque, elle ne s'appliquera pas. En conséquence, les personnes qui ne sont pas capables de dol, telles que les tout jeunes impubères, et, en général, tout ceux qui s'approchent d'un sépulcre, sans intention de le violer, sont excusables.

50. — Ulpien, l. 1, 32, D,, *de Senatus Consulto Silaniano et Claudiano*, XXVIIII, 5.

Impubes servus vel ancilla nondum viripotens non in eadem causa erunt : aetas enim excusationem meretur.

L'esclave impubère ou l'esclave non encore nubile ne seront pas traités de la même façon, car leur âge mérite une excuse.

51. — Mæcianus, l. 14, D., *eod. tit.*, XXVIIII, 5.

Excipiuntur senatus consulto Silaniano impuberes servi. Trebius autem Germanus legatus etiam de impubere sumi jussit supplicium et tamen non sine ratione : nam is puer nec multum a puberi ætate aberat et ad pedes domini cubuerat cum occideretur, nec postea cædem ejus prodiderat. Ut enim opem ferre eum non potuisse constabat, ita silentium præstitisse etiam postea certum erat, et his dumtaxat impuberibus senatus consulto par-

Sont exceptés du sénatus-consulte Silanien les esclaves impubères. Toutefois, Trebins Germanus, lorsqu'il était légat, envoya au supplice un esclave encore impubère, et non sans raison : car cet esclave, d'une part, était à un âge voisin de la puberté, d'autre part, était couché aux pieds de son maître au moment de l'assassinat, et n'avait pas dans la suite dénoncé le meurtre. Il n'avait pu porter secours à son maître, c'était certain ; mais il avait aussi gardé le silence

ci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent : qui vero ministri vel participes cædis fuissent et ejus ætatis, quanquam nondum puberis, ut rei intellectum capere possent, his non magis in cæde domini quam in ulla alia causa parci oportere.

dans la suite, c'était non moins certain; et Trébius croyait que seuls bénéficient de l'indulgence du sénatus-consulte les impubères qui n'ont fait que se trouver sous le même toit; mais les exécuteurs ou les complices du crime et ceux qui se trouvent à un âge où, quoique impubères, ils peuvent avoir l'intelligence du fait ne doivent pas être plus excusés pour le meurtre de leur maître que pour toute autre faute.

52. — Nous arrivons aux mineurs de vingt-cinq ans, c'est-à-dire, à ceux qui ont plus de quatorze ans et moins de vingt-cinq. Ceux-ci peuvent seulement, dans des circonstances particulières, prétendre à quelque considération et à quelque atténuation de peine, mais jamais dans les crimes d'adultères ou de *stuprum :*

53. — Tryphoninus, l. 37, 1, D., *de Minoribus* XXV *annis*, IV, 4.

In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus interdum miseratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit. Sed ut ad legis Juliæ de adulteriis coercendis præcepta veniamus, utique nulla deprecatio adulterii pœnæ est, si se minor annis adulterum fateatur. Dixi, nec si quid eorum commiserit quæ pro adulterio eadem lex punit, veluti si adulterii damnatam sciens uxorem duxerit aut in adulterio deprehensam uxorem non demisereit, quæstumve de

Pour ces délits, le mineur de vingt-cinq ans ne mérite pas la restitutio in integrum, du moins pour les plus graves, si ce n'est dans la mesure où parfois la pitié inspirée par l'âge aura déterminé le juge à n'appliquer qu'une peine infime. Mais, pour en venir aux dispositions de la loi Julia sur la répression des adultères, en aucun cas, aucune remise de peine n'existe pour le mineur de vingt-cinq ans qui se reconnait coupable d'adultère. Même solution, si le mineur a commis un de ces faits que la même loi punit à l'égal de l'adultère, par exemple, s'il a épousé sciemment une femme condamnée

adulterio uxoris fecerit, pretiumve pro comperto stupro acceperit, aut domum præberit ad stuprum adulteriumve in eam committendum : et non sit ætatis excusatio adversus præcepta legum ei qui, dum leges invocat, contra eas committit.

pour adultère, s'il n'a pas renvoyé sa femme surprise en flagrant délit d'adultère, s'il a retiré des bénéfices de l'adultère de sa femme, ou s'il a reçu un prix pour la découverte d'un stuprum, ou s'il a prêté sa maison pour qu'on y commît un stuprum ou un adultère : que l'âge ne soit pas une excuse contre les dispositions de la loi en faveur de celui qui, alors qu'il invoque les lois, viole leurs dispositions.

54. — Ulpien, l. 9, 2, D., *eodem titulo*.

Nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? et placet in delictis minoribus non subveniri. nec hic itaque subvenietur. nam et si furtum fecit, vel dammum injuria dedit, non ei subvenietur. Sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare : in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. Ergo et, si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel guadrupli pati, ei subvenietur.

Voyons maintenant, au sujet des mineurs, si, dans les contrats, il faut venir en aide à ceux-là seulement qui sont trompés, ou bien encore à ceux qui commettent un délit: par exemple, un mineur a commis un dol en matière de dépôt, de commodat, autrement dit, en un contrat quelconque : faut-il lui venir en aide s'il n'en a retiré aucun profit? La règle est qu'en matière de délits on ne vient pas en aide aux mineurs et cette solution s'appliquera à notre mineur. Si donc il a commis un furtum ou occasionné un dommage, on ne lui viendra pas en aide. — Mais, si à l'occasion d'un délit, alors qu'il aurait pu avouer pour n'être pas condamné au double, il a préféré nier?... Dans ce cas, qu'il soit considéré comme ayant avoué, et soit restitué en conséquence. Par suite aussi, au cas où il aurait pu transiger sans s'exposer à souffrir l'action au double ou au quadruple, on lui viendra en aide.

55. — Ulpien, l. 14, 8, D., *ad legem Juliam de adulteriis coercendis*, XXXXVIII, 5.

Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum ætatem excesserit cœperitque esse uxor, non poterit jure viri accusari ex eo adulterio quod ante ætatem nupta commisit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatum est.

Si une mineure de douze ans, épousée, a commis un adultère et que bientôt après elle parvienne à l'âge nubile, et commence à être épouse, elle ne pourra, en vertu du droit de l'homme, être accusée d'un adultère qu'elle a commis alors qu'elle était mariée sans avoir l'âge requis, mais elle pourra être accusée à titre de quasi épouse, en vertu du rescrit précité du divin Sévère.

56. — Papinien, l. 37, D., *eod. tit.*

Si minor annis adulterium commiserit, lege Julia tenetur, quoniam tale crimen port pubertatem incipit.

Si un mineur de vingt-cinq ans a commis un adultère, il est passible de la loi Julia, parce qu'un tel crime peut être commis dès la puberté.

57. — Papinien, l. 39, 4, D., *eod. tit.*

Fratres denique imperatores Claudiæ crimen incesti propter ætatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur ætate.

Les empereurs frères remirent à Claudia le crime d'inceste, à cause de son âge, mais ordonnèrent de rompre une union illicite, tandis que généralement le crime adultère, commis à l'époque de la puberté, n'est pas excusé par l'âge.

58. – Papinien, l. 39, 7, D., *eod tit.*

Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet sexu vel ætate.

L'inceste commis au moyen de l'union illicite du mariage est excusé d'habitude par le sexe ou par l'âge.

59. — Sévère et Antonin, l. 1, C., *Si adversus delictum suum*, II, 34.

In criminibus quidem ætatis suffragio minores non iuvantur : etenim malorum mores infirmitas

Dans les crimes, l'excuse de l'âge ne profite pas aux mineurs, car les mœurs des criminels ne peuvent

animi non excusat. Sed, cum delictum non ex animo sed ex contractu venit, noxa non committitur, etiamsi pœnæ causa pecuniæ damnum inrogatur : et ideo minoribus et in hac causa in integrum restitutionis auxilium competit.	trouver dans l'âge une excuse. Mais, lorsque le délit provient non du cœur, mais d'un contrat, il n'y a pas faute, alors même qu'à titre de peine un dommage pécuniaire a été infligé : anssi, dans ce cas, le bénéfice de la restitutio in integrum est accordé aux mineurs.

60. — De l'ensemble de ces textes, il résulte que l'*infans* et le *proximus infanti* ne sont jamais punissables; de sept ans à quatorze ans, le juge apprécie le degré de la culpabilité dans chaque circonstance particulière et peut considérer l'âge comme une cause d'atténuation. En tout cas, la peine de mort ne sera pas appliquée à l'impubère : il peut cependant être déporté, ainsi que le prouve le passage suivant des Institutes (liv. I, tit. XXII : *quibus modis tutela finitur*, par. (1) : « La fin de la tutelle résulte » du fait que les impubères sont condamnés à la déportation. — *Finitur* » *tutela, si... sint... impuberes... deportati.* » — Du moment que la puberté est atteinte, la culpabilité est entière et les peines sont encourues dans leur intégrité, sauf de rares exceptions.

61. — Tels sont les quelques aperçus que les dimensions de cet ouvrage nous ont permis de recueillir, concernant l'influence de l'âge dans le Droit pénal romain. Arrivons maintenant à notre ancienne jurisprudence criminelle, et voyons l'application qu'elle a faite des principes du droit romain.

62. — Nous avons vu plus haut (page 13) qu'une constitution de Théodose avait achevé entre l'*infanti proximus* et l'*infans* l'assimilation commencée par la Jurisprudence romaine. S'appuyant sur cette constitution, nos anciens jurisconsultes tombèrent dans une profonde confusion. Il leur parut impossible, en effet, d'attacher une influence juridique au seul fait matériel que l'impubère commence à parler, et le mot *infans*, c'est-à-dire, celui *qui fari non potest*, prit dans leur langue cette nouvelle signification : « *Celui qui ne parle pas ou n'a pas une intelligence* » *sérieuse de ce qu'il dit.* » — Ils en arrivèrent ainsi à nous présenter de la manière suivante les diverses évolutions de l'âge en droit romain : d'après eux, l'Enfance se continuait jusqu'à sept ans accomplis; la pu-

berté commençait à douze ans pour les femmes et à quatorze ans pour les hommes : d'où cette conséquence, que l'âge plus proche de l'enfance que de la puberté se plaça arithmétiquement pour les femmes, entre sept ans et neuf ans et demi, et, pour les hommes, entre sept ans et dix ans et demi. Les applications des textes romains furent donc profondément modifiées : tout ce qu'ils avaient dit de l'*infans* fut appliqué au mineur de sept ans; tout ce qu'ils avaient dit de l'*infanti proximus* fut appliqué au mineur de neuf ans et demi ou dix ans et demi, suivant les sexes.

63. — De cette méprise d'interprétation, découlent les règles qu'ont adoptées l'ancienne Jurisprudence et nos vieux auteurs sur l'âge d'imputabilité, règles que quelques mots suffisent à résumer :

l'*infans*, c'est-à-dire, le mineur de sept ans n'est jamais punissable;

l'*infanti proximus*, c'est-à-dire, celui qui se trouve entre sept ans et neuf ans et demi ou dix ans et demi, ne l'est pas non plus;

au-dessus de cet âge, l'impubère est punissable, mais la peine peut être mitigée selon l'appréciation du juge.

64. — En voulons-nous la preuve? — Ecoutons quelques instants deux de nos vieux auteurs, Jousse et Muyart de Vouglans : « Les enfants, » écrit Jousse dans son *Traité de Justice Criminelle*, « c'est-à-dire, ceux qui » n'ont pas encore atteint l'âge de sept ans, étant incapables de malices » et n'ayant point assez de raison pour savoir ce qu'ils font, sont entière- » ment exempts de crimes et, par conséquent, ne doivent être punis » d'aucune peine, même pour l'homicide qu'ils pourraient commettre. » Il en est de même de celui qui est dans un âge peu éloigné de l'en- » fance, c'est-à-dire, au-dessous de neuf ans et demi pour les femmes et » dix et demi pour les hommes. »

65. — « Mais, » continue Muyart de Vouglans (1), « si le crime a été » commis dans un âge plus voisin de la puberté que de l'enfance, comme » alors on peut présumer dans celui qui le commet une capacité suffi- » sante pour discerner le bien et le mal, la Loi ne veut pas qu'il soit » absolument exempt de peine; mais seulement que cette peine soit » moindre que celle qui doit s'infliger à ceux qui ont commis le crime

(1) Muyart de Vouglans, *Les Loix Criminelles*, liv. I, tilt. V, p. 27.

» dans la pleine puberté, qui est l'âge où la raison commence à se per-
» fectionner; et, pareillement, elle veut que les derniers soient moins
» punis que ceux qui sont dans un âge où la raison est parvenue à sa
» pleine maturité, qui est celui de la majorité.

66. — « En un mot, comme la raison a ses degrés particuliers, la
» loi veut aussi que la punition soit réglée suivant les différents degrés
» de l'âge, de manière que celle qui doit s'infliger à celui dont l'âge
» approche de la puberté, ne soit pas aussi rigoureuse que celle qui se
» prononce contre le pubère; de même que celle qui doit s'infliger à
» celui-ci, ne doit pas être aussi forte que celle prononcée contre un
» majeur, lequel doit être puni dans toute la rigueur de la peine ordi-
» naire du crime. »

67. — Rien de plus logique : dans notre ancien droit, en effet, les peines étaient arbitraires, et cette gradation progressive, laissée à l'estimation du juge, s'accommodait parfaitement avec ce principe, aujourd'hui rigoureusement banni de nos Codes. Observons, d'ailleurs, que la jurisprudence dont nous venons d'exposer un aperçu, ne présentait rien d'absolu. La maxime « *Malitia supplet aetatem* » permettait au juge d'y déroger dans des cas exceptionnels, à l'égard des impubères et des mineurs : « Au surplus, comme l'expérience fait voir qu'il y a de certains
» esprits prématurés dont la malice prévient l'âge, et d'autres plus tar-
» difs, dans lesquels la raison commence à peine à se développer, même
» dans les temps plus voisins de l'âge de puberté; voilà pourquoi la
» Loi a cru devoir s'en rapporter principalement à la prudence du juge
» sur ce point (1). »

68. — On dérogeait encore à cette jurisprudence pour certains crimes atroces, tels que ceux de lèse-majesté divine ou humaine, d'assassinat, d'empoisonnement : « Il faut observer, en même temps, que les consi-
» dérations que mérite l'âge ne doivent avoir lieu que pour les crimes
» ordinaires, et non pour ceux qui sont tellement atroces de leur nature,
» qu'aucune circonstance ne peut les excuser, comme sont ceux de lèse-
» majesté, d'assassinat et autres, qui supposent nécessairement du dol
» et de la réflexion dans celui qui les commet (2). »

(1) Muyart de Vouglans. loc. cit.
(2) Muyart de Vouglans, loc. cit.

69. — De même, nos anciens auteurs nous citent des cas d'impubères condamnés à être enfermés à temps ou pour toujours, même à être exposés à une potence. Mieux que cela, on avait imaginé pour les impubères des peines spéciales, telles que le Fouet sous la custode et la pendaison sous les aisselles : « On distingue deux sortes de fouets, suivant notre » jurisprudence : l'un qui s'inflige publiquement par la main du bour- » reau, l'autre qui s'inflige dans l'intérieur de la prison par les mains du » questionnaire ou du geôlier : celui-ci, qu'on appelle autrement Fouet » sous la custode, ne s'emploie qu'envers les enfants au-dessous de la » puberté. Ce dernier étant par cette raison moins regardé comme une » peine, que comme une simple correction, il n'emporte point, par con- » séquent, la note d'infamie comme le précédent (1). » — La règle, toutefois, ne va pas sans exceptions : notamment un édit de Henri IV, sur les chasses, rendu en juin 1601, applique le fouet sous la custode, sans distinction d'âge, dans ses articles 12, 17, 18 et 20.

70. — Quant à la pendaison sous les aisselles, « cette peine, qui a été » introduite dans notre jurisprudence, ne s'emploie que contre les im- » pubères, et non adultes, qui ont participé à des crimes graves pour » lesquels ils seraient dans le cas de subir le dernier supplice, s'ils étaient » d'un âge plus avancé. »

71. — « Mais, pour que cette peine ne devienne pas mortelle, les » juges doivent avoir attention de ne l'ordonner que pour durer une » heure tout au plus. Nous avons là-dessus l'exemple du jeune frère de » Cartouche, qui y fut appliqué pendant deux heures et qui en mourut. » Cependant, Bruneau rapporte un arrêt du 22 décembre 1683, qui con- » damna à la même peine, pendant deux heures, un petit garçon de la » Ferté-Bernard, lequel n'en mourut point, et fut renfermé à l'Hôpital- » Général (2). » Jousse nous rapporte que ce petit garçon avait mis du poison dans un pot-au-feu, par ordre de son père, et avait ainsi occasionné la mort de quatre personnes.

72. — Tels sont les principes sur lesquels s'appuyait notre ancienne

---

(1) Muyart de Vouglans, *Les Loix Criminelles*, liv. II, tilt. IV, page 63.
(2) Muyart de Vouglans, *Les Loix Criminelles*, liv. II, tilt. IV, page 65.

législation, au point de vue de l'influence de l'âge sur l'imputabilité pénale. La Révolution arriva, qui bouleversa subitement notre vieux droit pénal, comme elle bouleversa toutes choses; elle biffa le passé d'un trait de plume avant d'avoir préparé l'avenir; si bien que, du jour au lendemain, l'antique société française se trouva comme un grand corps désagrégé, sans gouvernement, sans lois, sans institutions, sans tribunaux.

73. — Dans une loi du 25 septembre 1791, intitulée « Code Pénal, » l'Assemblée Constituante inaugura quelque chose de nouveau dans la matière. Elle supprima les anciennes distinctions d'âge pour ne conserver plus qu'une limite unique, celle de seize ans accomplis : d'où seulement deux périodes, l'une au-dessous, l'autre au-dessus de cet âge. Ce système est encore en vigueur dans notre Code actuel : nous l'apprécierons plus tard. Au titre V de cette loi de 1791, nous lisons ce qui suit :

« Art. 1. — Lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura » commis le crime pour lequel il est poursuivi avant l'âge de seize ans » accomplis, les jurés décideront, dans les formes ordinaires de leurs » délibérations, la question suivante : *Le coupable a-t-il commis le crime » avec ou sans discernement?* »

74. — Remarquons, en passant, dans ce texte une obscurité résultant d'une construction vicieuse. A première vue, il semblerait signifier ceci : les jurés n'auront à se préoccuper de la question de discernement qu'autant que le criminel est poursuivi avant l'âge de seize ans : ce qui est un non-sens monstrueux. Il eût été plus correct et plus élégant de s'exprimer ainsi : « *Lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura » commis, avant l'âge de seize ans, le crime pour lequel il est poursuivi...* » — La forme! c'est bien là vraiment ce qui préoccupait le législateur révolutionnaire. On avait dédaigneusement renversé le temple de l'ancienne jurisprudence : il fallait, sur les ruines écroulées, édifier le nouveau monument. Qu'il offrit des bizarreries ou des aspects grotesques, ce n'était là qu'une question de détail à laquelle les *Pères* n'avaient garde de s'arrêter. D'ailleurs, le fait de rédiger des textes clairs et précis n'a jamais été, semble-t-il, le cauchemar des assemblées parlementaires. Mais passons!...

« Art. 2. — Si les jurés décident que le coupable a commis le crime
» sans discernement, il sera acquitté du crime; mais le tribunal criminel pourra, suivant les circonstances, ordonner que le coupable sera rendu à ses parents, ou qu'il sera conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque à laquelle il aura atteint l'âge de vingt ans. »

75. — Remarquons, ici encore, que notre *multiple* législateur nous parle sérieusement des maisons de correction! Quant à les organiser... N'insistons pas!

« Art. 3. — Si les jurés décident que le coupable a commis le crime
» avec discernement, il sera condamné; mais, à raison de son âge, les peines suivantes seront commuées :

« Si le coupable a encouru la peine de mort, il sera condamné à vingt
» années de détention dans une maison de correction;

« S'il a encouru les peines des fers, de la réclusion dans la maison de
» force, de la gêne ou de la détention, il sera condamné à être enfermé dans *la* maison de correction *(quelle maison?...)* pendant un nombre d'années, égal à celui pour lequel il aurait encouru l'une des dites peines à raison du crime qu'il a commis. »

« Art. 4. — Dans les cas portés en l'article précédent, le condamné
» ne subira pas l'exposition aux regards du peuple, sinon lorsque la peine de mort aura été commuée en vingt années de détention dans une maison de correction, auquel cas l'exposition du condamné aura lieu pendant six heures, dans les formes qui sont ci-dessus prescrites. »

76. — Ainsi donc, quand le coupable aura moins de seize ans, le juge devra se poser la question de savoir si l'accusé a commis le crime avec ou sans discernement. En cas de réponse négative, l'acquittement s'impose, mais le tribunal criminel a le droit d'ordonner, selon les circonstances, que l'acquitté soit rendu à ses parents, ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant un certain temps. — En cas de réponse affirmative, le mineur sera condamné, mais avec une atténuation de peine nettement déterminée par la loi.

Mais, aussitôt que la seizième année est accomplie, les peines ordinaires deviennent applicables au mineur dans toute leur sévérité.

77. — A quelle influence le législateur a-t-il obéi en s'arrêtant à l'âge de seize ans accomplis? — Le choix de ce chiffre pourrait, nous semble-t-il, se rattacher à un vestige historique, vestige toutefois bien difficile à saisir, tant étaient variables dans nos anciens usages les conditions d'âge, relativement aux diverses matières de droit public ou de droit privé. Bouteiller, par exemple, nous dit dans sa *Somme Rural*, sous la rubrique : « *De ceux qui peuvent être advocats en cour et quels non.* —
» Veu du faict de l'advocacerie, il s'ensuit montrer quels gens peuvent
» estre advocats en cour, et quels non. Et premier :

» Mineurs d'aage.

» Si sçachez que du fait d'advocacerie par le droit escrit sont privés
» mineurs de seize ans, pour la raison que trop grand ieunesse et petite
» constance est encores en eux (1). » — En parlant de « droit escrit, » Bouteiller fait allusion au droit romain, dont nous allons d'ailleurs citer un passage pour comparer le texte latin avec la traduction qu'en a faite l'éminent jurisconsulte. C'est un fragment d'Ulpien au Digeste : « *Ini-*
» *tium autem fecit prætor ab his qui in totum prohibentur postulare. in*
» *quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit. pueritiam : dum mino-*
» *rem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet*
» *postulare, quia moderatam hanc aetatem ratus est ad procedendum in*
» *publicum, qua ætate aut paulo maiore fertur Nerva filius et publice de*
» *iure responsitasse* (2). — Le préteur commence par ceux auxquels il
» interdit d'une façon absolue de postuler (postulare). Dans cet édit, la
» jeunesse ou certaines éventualités constituent des causes d'incapacité.
» La jeunesse, disons-nous : effectivement, à ceux qui sont âgés de
» moins de dix-sept ans et qui ne les ont pas totalement accomplis, il
» interdit de postuler, parce qu'il suppose au jeune homme, à l'âge de
» dix-sept ans, assez de maturité d'esprit pour aborder les procès publics.
» A cet âge, et même plus jeune encore, Nerva, le fils, donnait des con-
» sultations publiques de droit. » — Où le Droit romain écrivait dix-sept
» ans, Bouteiller traduisait par seize.

---

(1) Bouteiller, *Somme Rural*, liv. II, tiltre 2, page 673.
(2) Ulpien, l. 1, 3, D., *de Postulando*, III, 1.

78. — Dans une déclaration promulguée à Versailles le 17 novembre 1690, Louis XIV disait : « ... voulons et nous plaît qu'à l'avenir ceux » qui voudront étudier en droit canonique ou civil y soient admis, lors- » qu'ils seront entrés en la dix-septième année, pour, après s'être inscrit » et y avoir étudié deux ans et fait les actes de baccalauréat et de licencié, » en la manière accoutumée, pendant lesdites deux années, être reçus avo- » cats. » Cette disposition se retrouve encore dans la loi du 22 ventôse, an XII, — en bon français : loi du 13 mars 1804, — sur l'organisation des écoles de Droit : « Les écoles de Droit, dit l'article premier, seront » organisées successivement dans le cours de l'an XIII et de l'an XIV. » Les étudiants *ne pourront y être admis avant seize ans.* »

79. — Quoi qu'il en soit des origines de ce système, si nous le comparons à celui de l'ancien droit français, nous arrivons aux conclusions suivantes : le système nouveau est inférieur à l'ancien à trois points de vue : d'abord, dit-on, il ne correspond pas absolument aux données actuelles de la science; en second lieu, il laisse à l'appréciation discrétionnelle et variable du magistrat, l'âge où des poursuites peuvent avoir lieu contre l'enfant; enfin, — et c'est là une véritable *inelegantia juris*, — il établit deux majorités, l'une, *pénale*, commençant dès la première seconde de la dix-septième année, l'autre, *civile*, qui part du jour où se trouve accomplie la vingt-unième année. — Mais le nouveau système présente sur l'ancien l'avantage d'une extrême simplicité résultant de l'établissement d'une limite unique.

80. — Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ces critiques ou de ces louanges; mais, auparavant, consacrons quelques pages à parcourir les principales législations étrangères.

CHAPITRE II

Le Mineur dans les diverses législations contemporaines

81. — Pour apprécier sainement une législation, il ne faudrait pas croire qu'il suffit de la discuter jusque dans ses moindres détails, d'en connaître les mérites et les défauts, de rechercher ses origines et les diverses fluctuations qui l'ont conduite au point où nous la considérons aujourd'hui : c'est là, sans doute, pour une étude juridique, la partie capitale; mais s'arrêter à ce degré, quelque perfectionné qu'on le suppose, constituerait un procédé de spécialiste, procédé à courte vue, qui consiste à se renfermer dans un cercle étroit dont on ne sort pas. Pour faire effectivement œuvre de science, le jurisconsulte, tout en scrutant dans ses replis les plus intimes la matière juridique qui s'offre à ses méditations, doit s'élever par un élan de la pensée dans des régions plus élevées, d'où son regard promène au-delà des frontières de son pays; il examine ce que décident les législations étrangères sur la question dont il s'occupe; il pèse, il compare, et souvent ce jurisconsulte, surtout quand il est Français, constate avec une douce satisfaction que les autres peuples, dans la rédaction de leurs différents codes, se sont inspirés des lois de sa patrie.

82. — Une digression dans ce sens nous a donc semblé l'indispensable complément de notre étude sur les mineurs; nous avons cru intéressant de rechercher comment les diverses questions d'âge décrites au chapitre précédent ont été réglementées dans les Codes modernes de pénalité, sous l'influence soit de l'ancienne jurisprudence européenne, soit de la science philosophique, soit, enfin, de notre Code pénal. Chacun de ces Codes ne reproduira pas les quatre ou cinq périodes signalées par notre analyse : telle ici fera défaut, telle autre ne se rencontrera pas



ailleurs; quelquefois même le nombre des périodes se trouvera augmenté par la subdivision de l'une d'elles en plusieurs autres. — Même variété au point de vue de l'âge où commence et finit chacune de ces périodes dans les diverses législations. Le caprice du législateur, ou mieux le hasard, semble avoir présidé seul à l'établissement des limites qui les séparent. — On pourrait croire du moins que certains éléments, tels que les influenes climatériques, ou le développement plus précoce de l'homme chez les races méridionales, ont joué un rôle important dans la fixation de ces limites : il n'en est rien! Au contraire, les législations positives se trouvent souvent en contradiction avec ces facteurs de la criminalité dont l'influence pourtant semblait de nature à s'imposer.

I. — ANGLETERRE

83. — A l'égard des Enfants, la loi anglaise est assez rigoureuse. D'après elle, un mineur de sept ans n'est pas *doli capax* : par conséquent, pendant cette période, pas d'imputabilité ni de châtiment possibles. — De sept ans à quatorze ans, nous voyons continuer la présomption générale d'innocence en faveur de l'enfant; néanmoins, l'imputabilité est possible, bien qu'exceptionnelle, et, dès lors, doit se poser cette question: *l'enfant a-t-il agi avec discernement?* — Au cas de négative, la loi le renvoie dans une maison de réformation et autorise à mettre une partie de la dépense à la charge des parents : combinaison très ingénieuse dont les résultats sont, paraît-il, satisfaisants; car, en prenant la famille par la bourse, comme on dit vulgairement, elle l'incite à exercer sur l'enfant une surveillance plus active. — Si la réponse est affirmative, l'enfant est justiciable des juridictions de droit commun et peut être condamné aux peines ordinaires, même à la peine capitale, toujours par application de cette vieille maxime : « *Malitia supplet ætatem.* » — « C'est ainsi, » disait déjà Blackstone (1), « qu'un garçon de dix ans et un autre de neuf

(1) Blackstone, *Commentaire sur le Code Criminel d'Angleterre*, traduction de l'abbé Coyer, tome I, chap. 2, p. 20

» souffrirent la mort pour avoir tué leur camarade, parce qu'il fut prouvé
» dans la procédure, qu'après le meurtre, l'un s'était caché pour n'être
» pas arrêté, et l'autre avait caché le corps; signe qu'ils avaient eu la
» conscience du crime, avec le discernement du bien et du mal.........
» mais, en parcil cas, la loi veut que l'évidence de la malice, qui supplée
» à l'âge, soit claire comme le jour et hors de toute contestation. » — Au-dessus de quatorze ans, le mineur perd le bienfait de la présomption d'innocence et devient passible des mêmes peines que le majeur. Cette règle ne comporte d'exceptions, jusqu'à l'âge de vingt-et-un ans, qu'à l'égard de certaines contraventions qui consistent dans des omissions de faire « *consisting of mere non feazance.* » Blackstone va nous en dire la raison (1) : « La loi d'Angleterre exempte un mineur, au-dessous de vingt-
» un ans, de certaines peines attachées à des transgressions communes,
» surtout si c'est par omission; par exemple, elle condamne à une
» amende et, au défaut de paiement, à la prison, celui qui s'est refusé
» à la réparation d'un pont, d'un grand chemin ou autre devoir de cette
» espèce; le mineur, au-dessous de vingt-un ans, n'est pas soumis à ces
» peines, *parce que, n'ayant pas encore la disposition de son bien, il ne*
» *peut satisfaire à l'amende.* »

84. — Toutefois, depuis une vingtaine d'années, la loi anglaise s'est départie quelque peu de son antique rigueur, surtout depuis l'acte de 1879 (2). Cet acte, intitulé *Loi pour amender la législation relative à la juridiction sommaire*, mérite, vu son importance, que nous l'analysions, du moins dans la partie relative aux mineurs. Il distingue, dans son article 49, deux classes de personnes parmi les mineurs de seize ans : les Enfants *(child)*, c'est-à-dire, les individus âgés de moins de douze ans, et les Personnes jeunes *(young person)*, c'est-à-dire, les individus âgés de moins seize ans.

85. — En matière d'homicide, l'enfant doit nécessairement comparaître devant le jury; s'il a commis tout autre fait *indictable*, — autrement dit, de la compétence du jury, — la cour de juridiction sommaire

---

(1) Blackstone, loc. cit.
(2) *Annuaire de législation étrangère*, année 1879, p. 34.

peut statuer sommairement; mais elle n'y est pas obligée : la loi lui donne un pouvoir d'appréciation; de plus, les parents ou le tuteur de l'enfant ont également le droit de s'opposer, — et la Cour doit les en prévenir, — à ce que l'enfant soit jugé autrement que par un jury.

86. — Lorsque la Cour de juridiction sommaire juge un enfant pour un fait qui, de droit commun, est de la compétence du jury, elle applique les mêmes peines que si l'enfant avait été traduit devant le jury. Toutefois, elle ne peut jamais condamner à la servitude pénale : elle doit substituer à cette peine un emprisonnement dont la durée ne saurait en aucun cas excéder un mois; si la peine encourue est une amende, elle ne pourra en aucun cas excéder quarante shillings. A l'une de ces deux peines, si le coupable est un garçon, la Cour peut ajouter, ou même substituer six coups de fouet au plus, d'une poignée de verges de bouleau *(a birch rod)*, qui seront administrés à l'enfant à huis-clos, par un constable, « en présence de l'inspecteur ou de tout autre officier de » police d'un grade plus élevé que le constable, et aussi en présence, » s'ils le désirent, des parents ou du tuteur de l'enfant » (art. 10).

87. — Le long article dont nous venons de faire l'analyse ne préjudicie pas au droit de la Cour d'envoyer l'enfant dans une école d'amélioration *(reformatory shool)* ou dans une école industrielle, et ne permet pas de punir un enfant qui, dans l'opinion de la Cour, n'est pas âgé de plus de sept ans et n'a pas une capacité suffisante pour commettre un crime. Est-il besoin de faire remarquer que, si la peine prononcée à l'occasion d'un fait indictable ne peut s'élever au-dessus d'un mois de prison ou d'une amende dépassant quarante shillings, elle ne peut, à plus forte raison dépasser ce maximum, lorsqu'il s'agit d'un fait moins grave?

88. — La Cour de juridiction sommaire est aussi compétente pour juger certains faits qui, de droit commun, seraient de la compétence du jury *(indictable)*, lorsqu'ils ont été perpétrés par des personnes jeunes *(young person)*, c'est-à-dire, par des individus âgés de plus de douze ans et de moins de seize ans. Toutefois, nous devons apporter les deux restrictions suivantes : la compétence de la Cour est moins étendue, — la peine est plus forte que s'il s'agissait d'enfants.

89. — Et d'abord la compétence de la Cour n'embrasse plus, comme

précédemment, tous les faits *indictable* autres que l'homicide, mais seulement certaines infractions limitativement énumérées par la première colonne de la première cédule de la loi de 1879, (art. 11) ; en voici l'énumération :

1° Le vol simple;

2° Tous les délits que les lois en vigueur déclarent punissables des mêmes peines que le vol simple;

3° Le vol ou larcin au préjudice des personnes;

4° et 5° Le vol et l'abus de confiance par un employé ou par un domestique;

6° Le recel des objets volés;

7° La complicité par aide, provocation, conseil ou entremise (*procuring the commission*) d'un vol simple, ou d'un des délits que les lois en vigueur déclarent punissables des mêmes peines que le vol simple, du vol ou larcin au préjudice des personnes, du vol par un employé ou domestique;

8° Les tentatives des mêmes délits;

9° Les délits prévus par les lois sur les chemins de fer, soit contre les personnes, soit contre les propriétés;

10° Les contraventions aux lois sur les postes, de la compétence du jury *(first cedule, first column).*

90. — En second lieu, si l'accusé est reconnu coupable, trois partis s'offrent à la Cour; elle peut condamner le coupable : ou bien à payer une amende qui ne peut excéder dix livres, ou bien à subir un emprisonnement, avec ou sans travail forcé, pour une durée qui ne pourra dépasser un maximum de trois mois; ou bien, enfin, si la personne jeune est un garçon entre douze et quatorze ans, « la Cour, si elle le juge con-» venable, pourra, comme addition à l'une des deux peines, ou comme » substitution à toute autre peine, ordonner que la personne jeune sera » fouettée, à huis-clos, par la main d'un constable, de douze coups au » plus, d'une poignée de verges de bouleau, en présence de l'inspecteur » ou de tout autre officier d'un grade plus élevé que le constable, et » aussi en présence, s'ils le désirent, des parents ou du tuteur, » (art, 11, *in fine).*

91. — D'ailleurs, comme pour les enfants, la Cour conserve sa liberté

d'action ; elle peut juger ou renvoyer la personne jeune devant le jury ; l'accusé, — mais non plus ses parents ou son tuteur, — conserve ici encore le droit de réclamer ce renvoi, et la Cour doit le prévenir de cette faculté que la loi lui reconnaît.

92. — Une loi du 22 septembre 1893 (1), intitulée : *Loi qui amende la législation relative aux écoles de correction (reformatory schools)* est venue étendre les pouvoirs des Cours de juridiction sommaire ; nous allons donner une courte analyse de ses dispositions.

93. — Lorsqu'un jeune délinquant, âgé de moins de seize ans, est l'objet de poursuites judiciaires, la Cour de juridiction sommaire, devant laquelle il comparaît, peut, tout en le frappant, ou au lieu de le frapper d'une peine conformément à la loi, ordonner qu'il sera envoyé dans une maison de correction reconnue *(a certified reformatory school)*, et cela, sous deux conditions : il faut, en premier lieu, que, à la suite d'un acte d'accusation *(on indictment)*, ou par la Cour elle-même, le mineur soit convaincu d'avoir commis une infraction punissable de servitude pénale ou d'emprisonnement ; en second lieu, le délinquant ne doit pas avoir moins de douze ans, ou bien il faut qu'il ait commis antérieurement une première infraction punissable de servitude pénale ou d'emprisonnement. Dans cette maison de correction, l'enfant sera retenu pendant une période de trois ans au moins et de cinq ans au plus ; toutefois, cette période doit être d'une durée telle, qu'elle arrive à expiration vers le moment, ou avant le moment, où le délinquant atteindra l'âge de dix-neuf ans.

94. — Indépendamment des autres pouvoirs reconnus à la Cour, celle-ci peut ordonner que le délinquant sera envoyé en prison, ou, — avec le consentement de celui qui l'occupe, — dans un lieu qui, n'étant pas une prison, est considéré comme *convenable* par la Cour. La durée de l'internement n'excédera pas sept ou quatorze jours, suivant les cas ; elle sera même abrégée, si, dans un avenir plus rapproché, l'élargissement du prévenu est ordonné, son envoi dans une maison de correction prononcé, ou s'il est pris quelque autre disposition à son égard, en vertu de la loi précédente ou de toute autre loi. La personne visée par l'ordon-

(1) *Annuaire de législation étrangère*, année 1891, p. 31.

nance d'internement est obligée de détenir l'enfant, ainsi qu'il est prescrit, et, si le délinquant s'échappe, celui-ci peut être appréhendé, sans qu'il y ait lieu à délivrance de mandat; il peut aussi être reconduit au lieu de détention.

95. — Telle est, dans ses grandes lignes, l'économie de la législation anglaise sur les mineurs. Nous lui faisons un grave reproche : celui d'admettre la peine de mort contre des enfants. Quelque partisan que nous soyons de la nécessité de cette peine, il nous paraît profondément révoltant et inhumain d'en faire l'application à des êtres à peine sur le seuil de la vie, de voir marcher à l'échafaud de tout jeunes enfants pour des crimes dont leur raison, quelque précoce que nous la supposions, n'a pu leur dévoiler toute l'énormité et chez lesquels subsiste toujours, par conséquent, une part plus ou moins grande d'irresponsabilité. N'est-ce pas là une extension abusive de la maxime « *Malitia supplet ætatem?* » — La pitié inspirée par l'âge suffirait seule à faire rejeter ce procédé barbare; mais il y a plus : au moment où va tomber une tête si frêle, il est impossible que la main du bourreau ne tremble pas, que le public ne se détourne pas avec horreur, et dès lors, — effet regrettable! — tombe toute l'exemplarité du châtiment.

96. — Cette critique faite, nous sommes plus à l'aise pour reconnaître que, dans son ensemble, la législation anglaise sur les mineurs, témoigne d'un grand esprit de sagesse, et nous ne pouvons, notamment, qu'approuver très chaleureusement des dispositions comme celles qui laissent le mineur libre de choisir la juridiction qu'il préfère, et celles qui mettent à la charge des parents dont l'enfant est interné dans une maison de correction, une partie des frais d'entretien.

II. — ALLEMAGNE

97. — Le Code pénal de l'empire allemand, qui, après avoir été voté pour la Confédération de l'Allemagne du Nord, le 31 mai 1870, a été étendu à tout l'Empire par une loi du 15 mai 1871 (1), se signale par les

(1) *Annuaire de législation étrangère*, année 1871, p. 80 et 97.

dispositions suivantes. — Aux termes de l'article 55 : « Ne peut être » poursuivi celui qui, au moment de l'action, n'avait pas accompli sa » douzième année. » Cette disposition fixe très sagement une limite d'âge minima, au-dessous de laquelle l'imputabilité disparaît, mais elle constitue une innovation : en effet, le Code prussien, à l'exemple du Code pénal français, n'avait point établi au profit de l'enfant, quel que fût son âge, une présomption d'irresponsabilité; mais la plupart des législations de l'Allemagne, auxquelles s'est rallié le nouveau Code sur ce point, avaient fixé à dix, douze ou quatorze ans, l'âge à partir duquel un enfant peut être déclaré responsable. — Une loi du 26 février 1876 (1), rendue dans le but de modifier certains articles du Code pénal, a complété l'article 55 de la manière suivante : « Seront néanmoins appliquées, les » mesures propres à assurer la garde et l'amendement de l'enfant établies » par les lois des divers États. En particulier, l'enfant pourra être placé » dans une maison d'éducation ou de correction, lorsque les autorités » chargées du contrôle des tutelles *(Vormundschaftsbehorde)* auront » déclaré le fait constant et autorisé la détention. »

98. — A partir de l'âge de douze ans jusqu'à celui de dix-huit ans, on doit examiner la question de discernement : « Tout individu pour» suivi pour un fait commis par lui après avoir accompli sa douzième » année, mais avant d'avoir dix huit ans révolus, sera acquitté, lorsqu'il » aura été reconnu avoir agi sans discernement » (art. 56, al. 1). — Mais le juge de répression conserve le droit d'envoyer l'enfant acquitté dans une maison d'éducation ou de correction : « En ce cas (au cas d'ac» quittement) le jugement décidera si le prévenu sera rendu à sa famille » ou s'il sera placé dans une maison d'éducation ou de correction. Il » sera détenu dans cet établissement aussi longtemps que l'autorité » administrative compétente le jugera nécessaire; il ne pourra, toute» fois, y être retenu au-delà de sa vingtième année » (art. 56, al. 2). — Le lecteur n'a pas manqué de souligner au passage la particularité renfermée dans ce dernier texte : en effet, ce n'est pas le juge qui fixe le temps pendant lequel l'enfant sera détenu dans la maison de correction;

(1) *Annuaire de législation étrangère*, année 1876, p. 135 et 111.

c'est à l'autorité administrative qu'il appartiendra de retenir le coupable ou de le relaxer, selon la manière dont il se sera conduit. Pour notre part, nous approuvons cette mesure, car il semble logique de confier à celui qui est chargé de réformer l'enfant le droit d'apprécier à quel moment, cette réforme étant accomplie, le coupable peut quitter la maison : le temps fixé par le juge peut n'être pas suffisant ou dépasser la juste mesure. Peut-être, cependant, le législateur allemand eût-il bien fait d'établir un minimum de détention.

99. — Si le Mineur est déclaré avoir agi avec discernement, il sera condamné, mais les peines seront atténuées ainsi qu'il suit :

« 1° Si la peine encourue est la mort ou la réclusion à perpétuité, il » sera condamné à un emprisonnement de trois à quinze ans ;

» 2° Si la peine est celle de la détention à perpétuité, cette détention » sera prononcée pour la durée de trois à quinze ans ;

» 3° Si la peine est celle de la réclusion ou toute autre peine que la » réclusion, la peine prononcée ne pourra être inférieure au minimum, » ni s'élever au-dessus de la moitié du maximum fixé par la loi.

» La réclusion sera dans ce cas remplacée par un emprisonnement » d'égale durée ;

» 4° En cas de délit ou de contravention, le tribunal pourra, dans les cas » les moins graves, se contenter d'infliger une réprimande au prévenu ;

» 5° Le juge ne pourra appliquer la peine de la privation des droits » civiques en général, ni de certains droits civiques en particulier ; il ne » pourra, non plus, prononcer le renvoi sous la surveillance de la police. » Les peines corporelles devront être subies dans des établissements » spécialement affectés à la détention des jeunes délinquants » (art. 57).

100. — Cet article, d'aprés nous, exagère un peu l'atténuation de la peine. Il est bon, sans doute, de se montrer indulgent envers la jeunesse, mais il ne faut pas que cette commisération dégénère en faiblesse et devienne un encouragement à la dépravation, déjà trop prématurée, des nouvelles couches sociales.

101. — La loi prussienne du 13 mars 1878 sur le placement des enfants laissés sans surveillance (1), dispose que les enfants au-dessous

(1) *Annuaire de législation étrangère*, année 1878, p. 111

de douze ans ne peuvent être frappés d'aucune condamnation pénale proprement dite. Au-dessous de six ans, ils ne peuvent être enlevés à leurs parents; entre six et douze ans ils peuvent être placés dans une famille ou dans un établissement d'éducation ou de correction. Pour bien marquer la situation particulière de l'enfant au point de vue pénal, la loi décide que c'est une sorte de juridiction de famille, le tribunal de tutelle, compétent ordinairement pour surveiller la gestion des tuteurs, qui décidera si l'enfant doit être enlevé à ses parents et à qui il doit être confié.

III. — AUTRICHE

102. — Le Code pénal autrichien du 27 mai 1852, distingue :

1° L'âge de l'enfance jusqu'à la dixième année accomplie. Tous les actes coupables commis pendant cette période peuvent, en général, ne pas être imputés, et leur correction est simplement abandonnée aux parents;

2° L'âge de la minorité s'étend du commencement de la onzième année jusqu'à quatorze ans accomplis. Les actes qui ne peuvent être imputés comme crimes, à cause seulement de la minorité de l'auteur, doivent être punis comme contraventions. Par contre, la punition des délits et contraventions des mineurs est simplement réservée aux parents, éventuellement aussi aux autorités de police;

3° Ce n'est qu'avec la quatorzième année accomplie que commence la majorité et, en conséquence, la responsabilité pénale complète. Pourtant, le jeune âge (de 14 à 20 ans) est encore une circonstance atténnante (art. 46, lettre a, et 264, lettre a), et d'après l'article 52, dans ce cas, on ne peut prononcer la peine de mort ou la peine du cachot à perpétuité, qu'on remplace par le cachot grave de dix à vingt ans.

IV. — BELGIQUE

103. — Le Code belge de 1867, contrairement aux Codes étrangers dont nous nous sommes occupés jusqu'ici, n'admet pas de période de

non imputabilité. Depuis la naissance jusqu'à l'âge de seize ans accomplis, la question du discernement doit être examinée. Si le mineur a agi sans discernement, il sera acquitté; mais il pourra être mis à la disposition du gouvernement pour un temps qui ne dépassera pas l'époque où il aura accompli sa ving-et-unième année, (art 72). S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, il sera condamné, mais la peine sera atténuée (art. 73).

104. — Cependant, ainsi que le fait remarquer M. Appleton (1), la Belgique, qui, jusqu'à présent, n'avait fait que des réformes de détail, est sur le point d'adopter un régime qui paraît devoir assurer dans une large mesure la sécurité de la société.

105. — Pour connaître l'idée mère qui a présidé à la réforme projetée et en grande partie réalisée, nous ne pouvons mieux faire que de reproduire les remarquables paroles prononcées par M. le professeur Prins, inspecteur général des prisons belges, à la séance de la Société générale des prisons, du 16 mars 1892 (2).

106. — « En Belgique », dit-il, « le ministre de la justice, M. Le Jeune, » a, dès son arrivée aux affaires, considéré la question des enfants » comme l'une des questions essentielles du droit pénal; il y a consacré » tous ses efforts et il est parvenu à réaliser des progrès importants dont » je vais vous entretenir.

107. — « Permettez-moi de vous dire un seul mot de la question de » principe elle-même. Pour moi, la fixation d'un âge de responsabilité » de l'enfant est une question qui, prise isolément, est, pour ainsi dire, » insoluble. S'il s'agit du discernement juridique, c'est-à-dire, de celui » qui consiste à savoir que le vol est puni, qu'il y a des gendarmes, de » la police et des prisons, il me paraît évident que l'enfant a ce discerne- » ment à tout âge; plus on descend bas dans l'échelle sociale, plus l'en- » fant a vite ce discernement juridique, car c'est sortout dans les classes » inférieures que l'enfant apprend très vite qu'il y a de la police et des » prisons.

---

(1) Jean Appleton. *De la Fixation d'un âge d'irresponsabilité pénale*, p. 12.

(2) *Bulletin des prisons*, 1892, p. 121 et suiv.

108. — « Si, au contraire, il s'agit du discernement social; de ce
» discernement qui consiste à savoir qu'il y a une vie droite et honnête
» et une autre qui ne l'est pas, je crois que l'enfant de certains bas-
» fonds sociaux ne l'a jamais, parce que, pour avoir le discernement
» entre le bien et le mal, il faut pouvoir choisir. Or, il y a beaucoup
» d'enfants qui n'ont que l'exemple du mal sous les yeux : ils ne peu-
» vent donc pas choisir. Par conséquent, votre article 66, qui correspond
» à notre article 72, n'est qu'une forme abstraite, et ne répond pas à la
» réalité.

109. — « La vérité, me semble-t-il, c'est que, depuis le Code de 1810,
» l'aspect des choses a absolument changé de face; ce qui était une ques-
» tion d'appréciation de degré d'intelligence chez un jeune coupable,
» est devenu aujourd'hui un problème social important. L'accroissement
» de la criminalité, la progression effrayante de la récidive, l'impuis-
» sance des systèmes pénitentiaires et des institutions philanthropiques,
» quand il s'agit des adultes, ont montré qu'il faut aller à la racine du
» mal, c'est-à-dire, à l'enfance coupable; et, comme l'enfance coupable,
» c'est l'enfance abandonnée; comme l'enfance abandonnée est la vic-
» time de son milieu malsain, on a fini, peu à peu, par comprendre qu'il
» faut aller à cette enfance, non pas pour la punir, mais pour la protéger
» contre son milieu, et lui fournir un milieu normal, à la place du milieu
» anormal qui est le sien.

110. — « Si l'enfant des classes dirigeantes n'était pas entouré de
» soins, d'attentions, si on ne prenait pas pour lui ces précautions infi-
» nies que nous prenons pour veiller sur chacune de ses actions, qui
» sait ce qu'il deviendrait?

111. — « Au contraire, quand on voit de près les bas-fonds sociaux,
» la promiscuité affreuse des rues et des taudis, il y a une chose qui peut
» étonner, c'est qu'on trouve encore chez ces enfants déshérités, autant
» de force de résistance au mal. D'ailleurs, pour les enfants traduits en
» justice, beaucoup sont de très braves enfants, qui ont fait ce que font
» beaucoup d'enfants des classes aisées, avec cette différence que, pour
» ceux-ci, il y a des remontrances, parfois des corrections manuelles;
» parmi ceux qui ne sont pas traduits en justice et appartiennent aux
» bas-fonds sociaux, il y a beaucoup d'êtres très dangereux qui n'ont pas

» été poursuivis, parce que l'occasion ne s'est pas présentée, mais qui » sont pervers et deviendront plus tard des criminels.

112. — « En fait, c'est le hasard qui décide souvent des poursuites; » c'est la police constatant une peccadille et ne voyant pas un fait plus » grave, ou bien c'est l'occasion du mal qui a été offerte à l'un de ces » enfants et qui n'a pas été offerte à l'autre.

113. — « Et, puisqu'il n'y a, en somme, qu'une nuance entre les » enfants traduits en justice et ceux qui ne le sont pas, à plus forte rai- » son, me semble-t-il, n'y a-t-il qu'une nuance parmi ceux qui sont » poursuivis, entre les enfants acquittés pour avoir agi sans discerne- » ment et ceux que le juge condamne, parce qu'il trouve le degré de » discernement dont la loi lui parle.

114. — « C'est ainsi que, peu à peu, l'idée de la bienfaisance, de la » protection, l'emporte invinciblement dans l'esprit sur l'idée de la » répression.

115. — « Auprès de vous, Messieurs, il n'y a pas à insister sur ce » point : j'ai vu, par les discussions antérieures, que l'on est à peu près » d'accord ici pour admettre que la prison, pour le mineur de seize ans, » est une mesure absurde et qu'il faut écarter autant que possible de » l'enfant, non seulement au point de vue de la prison, qui n'est pas » outillée pour l'enfant, mais dans l'intérêt de l'enfant lui-même, parce » que, mettre l'enfant en prison quelque temps et le rendre ensuite à la » société avec son casier judiciaire et une tare indélébile, c'est le perdre » inévitablement.

116. — « Cette question n'est plus discutée. Le principe de la peine » peut évidemment subsister pour les faits très graves, mais, dans tous » les pays, c'est l'exception. La plupart des enfants, comme vous le disait » votre éminent collègue, M. le président Flandin, ce sont des auteurs de » petits vols, de larcins sans importance; eh bien, pour ces enfants-là, tout » le monde est d'accord sur ce point, que la peine passe au second plan. » Dès lors, le principe de la responsabilité pénale et de l'âge de la res- » ponsabilité, qui est le fondement de la peine, s'efface avec celle-ci et » passe également au second plan.

117. — « Remarquez que, en parlant ainsi, on n'aborde nullement » le principe de la responsabilité; le problème du libre arbitre reste

» entier, seulement ce n'est pas là la question qui se pose. Il ne s'agit
» pas de rechercher quel est le degré de discernement de l'enfant; il s'agit
» de rechercher si l'enfant a une famille, un milieu organique, s'il ne
» faut pas lui donner cet appui qui lui manque et sans lequel le déve-
» loppement social est une impossibilité absolue.

118. — « Chez nous, dans cet ordre d'idées, le ministre de la justice
» vient d'accomplir les réformes dont je veux vous entretenir un ins-
» tant. On pourrait les résumer en disant que l'on a fait triompher le
» régime de la bienfaisance sur le régime de la répression. »

119. — Telles sont, aussi clairement développées que possible, les considérations sur lesquelles le législateur belge s'est appuyé. Entrons maintenant dans les détails.

120. — Le premier pas dans la voie des réformes a été fait par un arrêté du 7 juillet 1890. Pour apprécier le progrès réalisé, il faut se rappeler ce qu'était, jusqu'à cette époque, le système belge : ce n'est pas là un aperçu inutile, puisque la législation des belges a de grandes ressemblances avec la nôtre, que leur article 72 est notre article 66, et que, par conséquent, la question soulevée chez nous par l'article 66 se présente à propos de leur article 72.

121. — Les enfants simplement mendiants, ou vagabonds, qui n'avaient commis aucune espèce d'infraction, qui n'étaient l'objet d'aucune poursuite, c'est-à-dire, les enfants simplement abandonnés, appartenaient au régime de la bienfaisance, aux écoles de bienfaisance; ils y étaient à la charge des communes; les enfants coupables de l'article 72, ceux qui étaient traduits en justice et qu'on acquittait faute de discernement, étaient mis à la disposition du gouvernement et placés par lui dans des écoles de réforme qui appartenaient au service des prisons; c'étaient donc de véritables établissements pénitentiaires, comme nos écoles de correction. Or, comme l'état moral des deux catégories d'enfants est identique, en ce sens que, parmi les enfants du régime de la bienfaisance, il y avait, à côté, de très braves enfants, des enfants extrêmement vicieux; et, comme, parmi les enfants soumis au régime de la répression, il y avait, à côté d'enfants vicieux, des enfants excellents; comme dans les deux groupes il y avait, en un mot, des bons et des vicieux, partant de cette idée, et se basant sur la réalité, l'arrêté de 1890

a décidé que les deux groupes seraient confondus, c'est-à-dire, qu'ils passeraient tous à l'administration de bienfaisance, que tous les établissements qui étaient séparés sous le nom d'établissements pénitentiaires et d'établissements de bienfaisance, seraient désormais confondus sous le nom d'écoles de bienfaisance de l'état.

122. — C'est donc par le service de la bienfaisance que se fait désormais le classement entre les bons et les vicieux : ce classement était légal autrefois, il est maintenant administratif.

123. — Cet arrêté est déjà un progrès, puisqu'il augmente le rôle de la bienfaisance au détriment de la répression. Mais, cela fait, un second progrès restait à accomplir. L'arrêté dont nous parlons s'occupe d'abord des enfants qui échappent à la poursuite, puis de ceux qui n'échappent pas à la poursuite, mais qui échappent à la peine, parce que le juge dit : il n'y a pas discernement. Or, il y a une troisième catégorie, ce sont les enfants condamnés à la prison. Le plus grand nombre de ces enfants sont les auteurs de très légers délits, de vols très peu importants, soit à cause des conditions dans lesquelles ils les ont commis, soit à cause du peu de préjudice occasionné; et, précisément à raison du peu de gravité des faits et du jeune âge des coupables, les juridictions préparatoires renvoyaient ces enfants devant le juge de paix, tribunal de simple police, et le juge de paix les condamnait à quelques jours de prison.

124. — Cette troisième catégorie d'enfants est, en Belgique, très nombreuse : elle constitue même la majorité des enfants. En 1890, l'année où la réforme a été accomplie, les juges de paix ont condamné prés de 9,000 enfants de moins de seize ans, à des peines variant de un à sept jours de prison; et, parmi ces enfants, il y en a 2,439 qui avaient moins de douze ans.

Il fallait arracher ces enfants à la prison; car un séjour en prison, loin de leur faire aucun bien, peut leur occasionner un mal irréparable, si, à l'expiration de cette courte peine, on les rend à leur milieu.

125. — Eh bien, c'est l'œuvre de la loi du mois de novembre 1891. C'est une loi pour la répression du vagabondage et de la mendicité; on a intercalé dans cette loi quelques dispositions sur la protection de l'enfance. L'article 25 donne au juge de paix le droit, au lieu de condamner le mineur de seize ans, de le renvoyer des poursuites

ou de le mettre à la disposition du gouvernement jusqu'à sa majorité. La question du discernement, la question de l'âge de la responsabilité a disparu. Il y a acquittement ou il y a remise à l'administration de la bienfaisance, non pas suivant les circonstances subjectives, mais suivant les circonstances objectives du fait, suivant les circonstances dans lesquelles l'enfant a agi. C'est ainsi que, pour ces milliers d'enfants qui passaient par la prison, depuis l'application de l'article 25 de la loi, la prison est supprimée, il y a remise au gouvernement, et nous dirons bientôt ce que celui-ci en fait.

126. — Cependant, il nous faut, au préalable, parler d'une quatrième catégorie d'enfants : ceux qui ont été condamnés à la prison pour des faits plus sérieux et, par conséquent, à une peine plus longue. A leur égard, la législation actuelle contient une lacune effrayante. Pour les trois catégories que nous avons appelées enfants condamnés pour des peccadilles, enfants abandonnés, enfants poursuivis et acquittés, l'État les protège. Dès lors, il ne peut laisser les enfants de cette quatrième catégorie à eux-mêmes et, après la prison, les rendre à leur milieu déplorable, dans des conditions mille fois plus désastreuses que celles dans lesquelles ils se trouvaient. Il faut évidemment que le système de protection s'étende à tous; l'article 26 de la loi y prévoit ainsi :

« Art. 26. — Les cours et tribunaux pourront, lorsqu'ils condamneront à l'emprisonnement un individu n'ayant pas l'âge de dix-huit ans accomplis, ordonner qu'il restera à la disposition du gouvernement depuis l'expiration de sa peine, jusqu'à sa majorité. »

127. — De cette façon, l'enfant condamné à une peine d'emprisonnement plus longue est, quand il sort de prison, remis, comme les autres, à l'État, qui doit prendre pour lui des mesures protectrices. Il est évident que cet article s'inspire à la fois de la logique et de l'humanité, puisqu'il fait de la protection pour ceux-ci, comme il en fait pour les premiers : encore une fois, ce n'est pas la gravité du fait qu'il faut considérer, c'est le milieu où l'enfant a vécu.

128. — Pour être complet, nous devons signaler encore le projet de loi sur la protection de l'enfance, bien qu'il ne soit pas voté en ce moment; il contient des mesures destinées à sauvegarder le sort des enfants; et c'est pour cela que, désireux de signaler l'ensemble des

mesures relatives à l'enfant, nous ne pouvons passer ce projet sous silence.

129. — Parmi les articles du projet de loi, les uns empêchent les poursuites contre les enfants de moins de dix ans; la loi ne s'occupe pas de leur degré de responsabilité; mais elle décide que, en ce qui concerne ces enfants, il ne s'agit ni de poursuites, ni de prison, mais de bienfaisance. Il faut les remettre à l'autorité, et, quelle que soit la gravité du fait commis, ils ne sont ni poursuivis, ni condamnés; le législateur donne au président du tribunal de première instance le droit de les mettre jusqu'à leur majorité, sur la réquisition du ministère public, à la disposition du gouvernement.

130. — Enfin, les autres articles empêchent, toutes les fois que cela est possible, la comparution d'un enfant de moins de seize ans, à une audience publique : ces enfants n'iront plus devant les tribunaux. L'article 13 donne aux chambres préparatoires, à la chambre du conseil et à la chambre des mises en accusation, le droit d'acquitter, sans mettre en mouvement l'appareil flétrissant de la justice. On veut écarter de l'esprit des jeunes enfants les impressions pénibles et démoralisantes d'un débat public. Mais le correctif nécessaire est toujours là : la mise à la disposition du gouvernement, quand la situation l'exige. Voici le texte des articles :

« Art. 12. — Nul ne sera traduit en justice pour une infraction qu'il
» aurait commise, alors qu'il n'avait pas atteint l'âge de dix ans accomplis.

« Art. 13. — L'enfant qui n'a pas atteint l'âge de seize ans accomplis
» ne peut être mis en jugement qu'en vertu d'une ordonnance de la
» chambre du conseil ou de la chambre des mises en accusation.

« S'il apparaît dans l'instruction préparatoire que l'enfant, qui n'avait
» pas atteint l'âge de seize ans accomplis au moment du fait, a agi sans
» discernement, une ordonnance de non-lieu sera rendue.

« Il en sera de même, lorsque, s'agissant d'une infraction commise
» par un enfant qui n'avait pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis,
» la chambre du conseil, ou la chambre des mises en accusation, esti-
» mera que, à raison de l'âge de l'inculpé et eu égard à ses antécédents,
» l'infraction ne présente pas une gravité suffisante pour motiver des
» poursuites contre un enfant.

« Art. 14. — L'enfant qui, avant d'avoir atteint l'âge de dix ans
» accomplis, a commis ou tenté de commettre un acte que la loi pénale
» qualifie homicide volontaire ou crime d'incendie, celui qui a été
» acquitté comme ayant agi sans discernement, celui à l'égard duquel
» une ordonnance de non-lieu a été rendue, ainsi qu'il est dit à l'article
» 13, peuvent, sur la réquisitión du ministère public, être mis à la dis-
» position du gouvernement, jusqu'à leur majorité, par une ordonnance
» du président du tribunal de première instance, dans le ressort duquel
» ils ont leur résidence. »

131. — En résumé, on peut dire qu'en Belgique, dans ces conditions, toute l'enfance coupable ou abandonnée, à quelques exceptions près, est recueillie par l'administration de la bienfaisance qui, dès lors, prend dans ce domaine le rôle prédominant qu'elle doit avoir, au point de vue de l'intérêt de l'enfant, comme de la société; et l'on verra de plus en plus, prétend M. Prins, lorsque ce système fonctionnera, que l'intervention de la justice répressive est une superfétation : elle deviendra de plus en plus un rouage sans action et elle finira par tomber, comme tombent les organes inutiles... Acceptons-en l'augure!

132. — Maintenant vient la question capitale, celle qui domine le débat; on peut dire : tout cela est très bien, mais il faut que l'État ait l'outillage nécessaire pour agir; que va-t-il faire de ces enfants?... C'est le nœud du problème. En général, on reproche avec raison aux administrations d'avoir des procédés trop rigides, trop uniformes; or, ici, pour arriver à un résultat, il faut de la souplesse, de la variété, car les catégories d'enfants sont multiples. Certainement, un régime administratif uniforme, s'il était un régime purement paternel, serait un régime trop doux pour les enfants vraiment vicieux; et, si le régime était purement un régime disciplinaire sévère, il serait trop rigoureux pour les enfants bons. Il importe donc de différencier le régime suivant les catégories, de séparer tous les groupes d'enfants, d'éviter toutes les promiscuités de groupes, de donner aux uns une certaine liberté et aux autres une direction sévère, une discipline rigoureuse qui se rapproche d'un régime correctionnel.

133. — L'âge des enfants abandonnés, qui disparait, ou dont l'appréciation devient plus ou moins inutile, quand il s'agit du juge répressif et

de la responsabilité pénale, prend au contraire, quand il s'agit du traitement à infliger par l'administration, une importance capitale; ici l'âge reprend ses droits, il faut séparer les petits des grands, il faut absolument veiller à ce que, pendant toute la durée de l'éducation par l'État, les petits puissent arriver à l'âge de la majorité sans avoir rencontré les enfants corrompus, vicieux, les adultes, qui peuvent avoir sur eux une mauvaise influence. La séparation des petits et des grands, est donc une œuvre capitale, et le ministre de la justice l'a considérée comme tellement importante, qu'il a introduit dans la loi une disposition spéciale, l'article 29, qui dit formellement ceci :

« Art. 29. — Les individus qui n'auront pas dépassé l'âge de treize » ans accomplis, à la date de leur entrée dans une école de bienfaisance » de l'État, resteront, pendant toute la durée de leur internement, com- » plètement séparés des individus entrés à un âge plus avancé.

« De même, les individus entrés dans une école de bienfaisance de » l'État, à l'âge de plus de treize ans accomplis et moins de seize ans » accomplis, resteront, pendant toute la durée de leur internement, » séparés des individus entrés à un âge plus avancé. »

134. — Ces dispositions créent aussi des catégories spéciales d'enfants, et ce ne sont pas des catégories administratives, ce sont des catégories légales; les deux groupes, une fois placés dans un établissement de bienfaisance, ne peuvent jamais se rencontrer.

135. — En prenant ces articles comme point de départ, on a organisé six sections d'enfants. Elles sont dédoublées : il y en a six pour les garçons et six pour les filles. Les six grandes sections sont les suivantes :

Il y a une section pour les enfants au-dessous de treize ans, c'est le régime paternel; il y a ensuite deux sections pour les enfants de treize à seize ans, une section pour le régime paternel, une section pour le régime sévère; Il y a une section au régime sévère pour les enfants de seize à dix-huit ans; enfin, il y a deux dépôts pour les mendiants et les vagabonds de dix-huit à vingt et un ans.

136. — Ainsi, les petits et les grands sont complètement séparés; il y a des catégories légales qui, pendant la durée de la mise à la disposition de l'autorité, ne peuvent jamais se rencontrer et ont des régimes différents.

137. — Pour les petits enfants, qui seront placés avant treize ans et pourront peut-être rester jusqu'à vingt et un ans sous la garde de l'État, il y a un véritable régime paternel; l'établissement n'est même pas clôturé, il a l'aspect d'un pensionnat, les enfants peuvent sortir et se promener, les parents sont invités à venir les voir le plus possible : — on leur accorde une réduction de 50 p. 100 sur le prix du voyage. — Le dimanche ils viennent trouver leurs enfants, se promènent avec eux, et les reconduisent le soir, comme s'ils venaient les voir dans un pensionnat.

138. — Et l'on veut tellement écarter des yeux de l'enfant jusqu'à l'apparence de l'appareil judiciaire, on veut si bien éviter l'impression pénible qui en résulte, que, lorsque l'enfant est mis à la disposition du gouvernement, l'État le fait chercher dans sa famille, quand c'est une fille, par une religieuse; quand c'est un garçon, par un surveillant en bourgeois. Cela coûte cher, mais c'est, paraît-il, de l'argent bien placé.

139. — Ce n'est pas encore tout. Il y a un dernier point à signaler. Il serait évidemment mauvais que l'enfant remis au gouvernement fût jusqu'à vingt et un ans dans un engrenage dont il ne pût pas sortir; un engrenage a beau avoir été bien graissé, fonctionner avec douceur, ce n'en est pas moins un engrenage et il ne faut pas que l'enfant y soit pris nécessairement jusqu'à vingt et un ans. Aussi, les cadres administratifs sont-ils très mobiles, très flexibles. Ils peuvent s'ouvrir à volonté; en vertu des articles 30, 31 et 32 de la loi, le gouvernement peut rendre l'enfant conditionnellement à ses parents ou à son tuteur, à n'importe quelle époque, même au début. Ainsi, on a remis un enfant au gouvernement; une enquête démontre dès le début qu'on s'est trompé et que la famille, qu'on croyait peu digne de sympathie, est au contraire honorable et peut garder l'enfant : on le lui rend immédiatement; on peut faire cela pendant toute la durée de la mise à la disposition du gouvernement. — L'enfant est remis à cette condition que, s'il se conduit mal, ou si la famille n'offre pas de garanties, il sera repris. L'État peut aussi, d'après le texte de la loi, le libérer définitivement à n'importe quel moment. Enfin, également en vertu de la loi, l'État peut placer l'enfant, au bout de six mois d'observation, soit chez des cultivateurs, soit chez des artisans, soit dans des établissements publics ou privés, d'instruction

ou de charité. — Depuis que le système est appliqué, un grand nombre d'enfants ont été placés ainsi en apprentissage ; parmi les enfants placés, il y a eu des enfants simplement malheureux, abandonnés, qui n'avaient pas commis d'infractions; mais il y a eu aussi beaucoup d'enfants remis à l'État, parce qu'ils avaient été traduits en justice pour vols, larcins, etc., et les placements ont admirablement réussi.

140. — Le rouage indispensable à l'œuvre du placement, ce sont les comités de patronage qui fonctionnent en Belgique avec un grand dévouement et d'après une procédure régularisée. Rien n'est livré au hasard; les comités font une enquête sérieuse sur les nourriciers où on veut placer les enfants; l'école de bienfaisance donne son avis, et, après un échange de correspondance officielle et de bulletins officiels, dont la formule est consacrée par des circulaires, les enfants sont placés sous le contrôle de l'État et de ces comités de patronage.

141. — Tel est l'ensemble des mesures prises dans ces derniers temps en Belgique. M. Prins y voit la preuve qu'il y a moyen, en enlevant l'enfant au Code pénal, de garantir à la fois la société et l'enfant, mieux, l'un et l'autre qu'on ne l'a fait jusqu'à présent. A son point de vue, comme au point de vue du législateur belge, l'idéal pour les enfants jusqu'à l'âge de seize ans, serait de leur donner ce qui est, pour ainsi dire, la juridiction naturelle de l'enfant, ce qui a été la juridiction naturelle dans les tribus primitives, ce qui est aussi la juridiction naturelle pour l'enfant des classes aisées : c'est l'extension de la juridiction du père de famille, c'est un tribunal paternel, en un mot, le tribunal de tutelle allemand, composé d'hommes qui s'occupent de l'enfant, investis d'une juridiction donnée par la loi, et de la mission de faire le triage des enfants coupables et abandonnés, de renvoyer les uns à la famille, en lui recommandant de veiller sur eux, de donner les autres à l'État, pour que, à défaut de la famille, l'autorité en ait la garde, et, enfin, de renvoyer la petite minorité à la justice répressive pour qu'elle les juge.

142. — Pour faire ce triage, le tribunal de tutelle aurait comme base d'appréciation, non pas le degré de responsabilité pénale, mais le degré de garantie sociale offert par l'enfant et par le milieu où il est né.

143. — Cette législation témoigne d'une grande sollicitude pour la jeunesse; mais n'exagère-t-elle pas la clémence à l'égard des jeunes

malfaiteurs?... Nous sommes de ceux qui répondraient affirmativement; nous irons même jusqu'à dire qu'elle nous semble exposer la société à un danger très grave. Il est clair, en effet, que, séduits par les avantages et la douceur de ce régime, nombre d'enfants qui souffrent chez eux de la faim, du froid et de toutes les privations, commettront des délits dans le but unique de s'arracher à cette vie de souffrance et de bénéficier d'un système d'éducation si paternel. Les parents seront bien souvent les premiers à les y pousser : pourquoi travailleraient-ils? pourquoi useraient-ils leurs forces pour fournir à leur famille le pain de chaque jour? L'État est si bon père que, moyennant quelques délits de peu d'importance, il se charge d'assurer l'avenir des enfants. On le voit, c'est la porte ouverte aux spéculations malsaines.

V. — BRÉSIL

144. — Dans le Code brésilien, il y a présomption d'innocence jusqu'à quatorze ans. Au-dessous de cet âge les mineurs ne sont point considérés comme coupables des crimes qu'ils ont commis; seulement, ils sont tenus de réparer sur leurs biens le préjudice qu'ils ont causé. Et, s'il est prouvé qu'ils ont agi avec discernement, ils peuvent être enfermés dans des maisons de correction. — A quatorze ans la présomption favorable cesse pour le mineur; mais le juge peut lui infliger une peine inférieure d'un tiers à la peine réservée au crime, car, jusqu'à ving et un ans, son âge seul constitue une circonstance atténuante, qui doit entraîner une diminution de châtiment.

VI. — EGYPTE

145. — Le Code pénal égyptien du 13 novembre 1883, partage la vie humaine en trois périodes : la première va de la naissance à l'âge de sept ans; la seconde s'étend de sept à quinze ans; la troisième com-

mence à partir de la seizième année et se prolonge jusqu'à la mort.

146. — Pendant la première période, l'irresponsabilité est complète : « L'inculpé qui n'aura pas atteint l'âge de sept ans ne sera pas mis en » jugement » (art. 56).

147. — Entre sept et quinze ans, — deuxième période, — doit se poser la question de discernement. Les conséquences de la réponse sont assez clairement indiquées par les textes suivants :

« Art. 57. — Si l'inculpé a plus de sept ans, mais moins de quinze » ans, il est statué à son égard d'après les règles suivantes :

« Art. 58. — S'il n'a pas agi avec discernement, il sera acquitté; » toutefois, la Cour, ou le tribunal, décidera s'il doit être remis à ses » parents, ou bien s'il doit être confié à telle personne honorable, ou tel » établissement agricole, industriel ou d'enseignement, public ou privé, » qui consentirait à s'en charger, pendant un temps qui ne pourra se » prolonger au-delà de sa vingtième année;

« Art. 59. — S'il est décidé que l'inculpé qui a moins de quinze ans » a agi avec discernement, il sera condamné à un emprisonnement de » cinq à dix ans, s'il a encouru la peine de mort, ou les travaux forcés, » ou la détention, ou l'exil à perpétuité;

« Art. 60. — Si la peine encourue est celle des travaux forcés à temps, » la détention à temps, ou l'exil à temps, il sera puni d'un emprisonne- » ment pour un temps égal au quart au moins et au tiers au plus de la » peine à laquelle il aurait dû être condamné. Dans ces trois cas, il pourra » être mis sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au » moins et dix ans au plus. Si le prévenu a encouru la peine de l'inter- » diction des droits civiques, il sera puni d'un emprisonnement de six » mois à trois ans. »

148. — Voici maintenant quelque chose d'analogue à ce que décide l'article 68 de notre Code pénal : « Dans les cas ci-dessus, l'inculpé qui » n'aura pas de complices ayant plus de quinze ans, sera jugé par les » juges correctionnels. »

149. — En matière de délits, l'article 62 décide : « Si l'inculpé ayant » moins de quinze ans est poursuivi pour un délit, il sera, au cas où il » aurait agi avec discernement, condamné à une peine qui ne pourra » excéder le tiers de celle à laquelle il aurait dû être condamné. »

150. — Au-dessus de quinze ans, le coupable est passible des peines dans toute leur sévérité (1).

VII. — ESPAGNE

151. — Dans le Code pénal espagnol, l'enfant est irresponsable jusqu'à neuf ans : « No delinquen, y por consiguiente, están exentos de » responsabilidad criminal... 2° El menor de nueve años (2) » (art. 8, al. 1 et 2).

152. — Entre neuf et quinze ans, le juge devra poser la question de discernement, et ce point sera pour le tribunal l'objet d'une déclaration expresse. Au cas de négative, le mineur est considéré comme irresponsable : « No delinquen... 3° el mayor de nueve años y menor de 15, a » no ser que huya obrado con discernimiento.

« El tribunal hará declaración expresa sobre este punto para impo- » nerle pena ó declararlo irresponsable » (art. 8-3°, al. 1 et 2).

153. — Quand le mineur est déclaré irresponsable, il est rendu à sa famille, et, s'il ne se trouve personne pour se charger de son éducation, il est placé dans une maison de bienfaisance : « Cuando el menor sea » declarado irresponsable, en corfomidad con lo que se establece en este » número y en el que precede, será entregado á su familia con encargo » de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigi- » lancia y educación, sera llevado á un establecimiento de beneficencia » destinado a la educacion de huérfanos y desamparados, de donde no » soldrá sino al tiempo y con las conditiones prescritas para los acogi- » dos » (art. 8-3° al. 3).

154. — S'il est reconnu que le mineur a agi avec discernement, l'application de la peine est laissée à la discrétion du Tribunal, mais cette peine doit être inférieure au moins de deux degrés à la peine fixée par la loi pour le délit commis : « al menor de 15 años, major de nueve,

(1) Barbier, *Codes égyptiens*, le Caire 1881.

(2) *Codigo penal*, publicado por la redaccion de el consultor de los ayuntamientos, 1888, p. 11, 13, 34.



» que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el Tri-
» bunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discre-
» cional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, á la seña-
» lada por la ley al delito que hubiere cometido » (art. 86, al. 1).

155. — Entre quinze et dix-huit ans, l'âge est considéré comme une circonstance atténuante, et l'on applique toujours au coupable la peine immédiatement inférieure à celle fixée par la loi : « Son circunstancias atenuantes : ... 2° La de ser el culpable menor de 18 años » (art. 9-2°). — « Al mayor de 15 años y menor de 18, se aplicará siempre, en el grado
» que corresponda, le pena immediatamente inferior á la señalada por
» la ley » (art. 86, al. 2).

VIII. — GRÈCE

156. — Le Code pénal de 1833 admet les règles suivantes : — Jusqu'à dix ans, non imputabilité; — de dix à quatorze ans, nous trouvons ici encore la question du discernement à résoudre, et atténuation des peines au cas de réponse affirmative sur cette question. — Au-dessus de quatorze ans, il y a lieu à l'application des peines ordinaires. — Cette législation de la Grèce ressemble beaucoup à celle de l'Autriche.

IX. — HONGRIE

157. — Au point de vue pénal, la Hongrie est régie actuellement par le Code du 29 mai 1878, le premier qu'ait eu ce royaume en cette matière depuis les temps les plus reculés. Il faut remonter au moyen-âge pour trouver les monuments législatifs qui l'ont immédiatement précédé. Ce n'est pas que la Hongrie n'ait essayé à maintes reprises de combler cette lacune : depuis un siècle, en effet, trois projets avaient vu le jour : le premier en 1791, le deuxième en 1837 et le troisième en 1843. Mais pour une raison ou pour une autre, aucune n'aboutit. En 1852, le Code pénal autrichien, paru le 27 mai de la même année, fut appliqué à la Hongrie; par le diplôme du 20 octobre 1860, elle recouvra ses lois criminelles

qu'elle conserva jusqu'à la promulgation du Code depuis si longtemps attendu.

158. — Quelle situation le Code pénal hongrois fait-il aux mineurs? — Il établit trois périodes (1) : la première va de la naissance à l'âge de douze ans; la seconde se termine à l'âge de seize ans et la troisième prend fin à l'âge de vingt ans accomplis.

159. — Pendant la première période, le mineur est couvert par une présomption absolue d'irresponsabilité : « Celui qui, lorsqu'il a commis » un crime ou un délit, n'avait pas accompli sa douzième année, ne peut » être l'objet de poursuites pénales » (art. 83).

160. — Pendant la seconde période, la question du discernement doit être posée. Si le discernement n'a pas existé, le mineur est acquitté, mais peut être placé dans une maison de correction jusqu'à sa vingtième année : « Celui qui, lorsqu'il a commis un crime ou un délit, était âgé » de plus de douze ans, mais n'avait pas accompli sa seizième année, » ne peut être puni pour cet acte, s'il n'avait pas le discernement néces- » saire pour en reconnaître la criminalité. — Ce mineur pourra, toute- » fois, être condamné à être placé dans une maison de correction, mais » sans pouvoir y être détenu au-delà de sa vingtième année » (art. 84).

S'il est reconnu, au contraire, que le mineur était capable de discernement, une condamnation s'ensuivra, mais la peine sera largement atténuée : « Les personnes de l'âge indiqué dans l'article précédent, qui, » au moment de l'acte, étaient capables d'en reconnaître la criminalité, » seront punies d'après les règles suivantes :

» 1° Pour un crime puni de mort ou de la maison de force à perpé- » tuité, de deux à cinq ans de réclusion;

» 2° Pour un crime puni de cinq à quinze ans de maison de force ou » de prison d'état, de deux ans de réclusion au maximum, dans le pre- » mier cas, et, dans le second, de la prison d'état pour la même durée;

» 3° Pour tout autre crime, de deux ans de prison au maximum;

» 4° Pour un délit, des peines de simple police.

» La destitution d'emploi et la suspension de l'exercice des droits

(1) *Code pénal hongrois*, traduit par MM. Martinet et Dareste, p. 49.

» politiques, ne peuvent être prononcées contre les personnes qui sont » punies d'après les dispositions de cet article » (art. 85).

161. — Si nous avons reproché à la législation allemande sa trop grande indulgence, nous reprocherons, à bien plus forte raison, à celle-ci d'être une prime à la criminalité des jeunes gens. L'atténuation de peine formulée par cet article dépasse toute mesure; elle constitue à nos yeux un véritable danger social. Les apprentis du crime peuvent se livrer en toute sécurité à l'assassinat et au brigandage : ils sont assurés d'une quasi impunité; car, enfin, infliger à un meurtrier, pour tout châtiment, la peine de deux ans de réclusion, n'est-ce pas le comble de la dérision?... Encore, si ce n'était que dérisoire, le mal ne serait pas grand; mais, par une excessive faiblesse, cette législation ouvre la voie aux vengeances personnelles; et vraiment, si nous n'étions disciples d'une religion qui ordonne le pardon des injures même les plus graves, nous serions bien près d'excuser la *vendetta*, en face d'une loi sottement indulgente, qui laisse la vie et les biens des citoyens exposés à tous les attentats.

162. — Nous avons vu que le paragraphe 4 de l'article 85, précité, punit les délits d'une peine de simple police. Ce cas est prévu et réglé par l'article 32 du Code des contraventions, ainsi conçu (1) : » Les peines » de police à prononcer dans les cas prévus par le paragraphe 4 de l'ar- » ticle 85 du Code pénal des crimes et des délits, pour les délits commis » par des mineurs, peuvent s'élever jusqu'à la moitié du maximum des » peines déterminées par le Code pénal; toutefois, les arrêts ne peuvent » dépasser six mois, ni l'amende mille florins.

» Dans le cas de concours de plusieurs délits, ou de délits avec des » contraventions, la durée des arrêts peut être élevée jusqu'à huit mois, » et l'amende à quinze cents florins.

» La conversion de l'amende sera régie par les dispositions de l'ar- » ticle 22. Toutefois, la durée des arrêts ne pourra dépasser trois mois, » si l'amende est la seule peine, et neuf mois si elle est prononcée avec » les arrêts.

---

(1) Opus cit., p. 177.

» Les dispositions des articles 18 et 19 sont applicables à l'exécution » des arrêts.

» A tous autres égards, les dispositions du Code pénal devront s'ap- » pliquer, y compris le caractère punissable de la tentative et la pres- » cription. »

163. — Citons ici, pour la complète intelligence de la matière, les articles auxquels se réfère le texte que nous venons de transcrire. Et, d'abord, comment est régie la conversion de l'amende dont s'occupe l'alinéa 3? — L'article 22 répond : « Lorsque le jugement ne prononcera » qu'une amende, il déterminera aussi, en même temps, la durée des » arrêts qui lui seront substitués, au cas où elle serait irrécouvrable.

» Pour cette conversion, l'amende ne dépassant pas deux florins ne » pourra être remplacée par plus de douze heures d'arrêts.

» L'amende de deux à dix florins sera remplacée par un jour d'ar- » rêts et ainsi de suite, à raison d'un jour par chaque somme de dix » florins. »

164. — L'alinéa 4 de l'article 85, renvoie à son tour aux articles 18 et 19 pour l'exécution des arrêts; il nous suffit de les transcrire : « Les » arrêts, dit l'article 18, sont subis dans la prison de l'autorité adminis- » trative et, si les circonstances le permettent, en cellule.

» Le condamné aux arrêts peut s'entretenir à ses frais, et il ne peut » être obligé au travail, sauf le cas prévu à l'article suivant. » Et l'ar- ticle 19 continue ainsi : « Dans les lieux où il existe des maisons de cor- » rection, les individus condamnés à plus de trois jours d'arrêts, qui » n'ont pas accompli leur vingtième année, subissent leur peine dans » cette maison, et ils sont assujettis, dans ce cas, au travail établi par » le règlement intérieur de l'établissement. »

165. — Notons, *currente calamo*, que les maisons de correction pour les jeunes détenus, dont nous parlent tous ces textes, sont fondées et entretenues au moyen du produit des amendes, après affectation réglée par le ministre de la justice (art. 27) (1), et qu'enfin, les personnes punies en vertu de l'article 85 du Code pénal, doivent être séparées des autres détenus pendant toute la durée de leur peine.

---

(1) Une loi du 26 février 1887 est venue prescrire que le quart seulement du produit

166. — Arrivons à la troisième période, celle comprise entre seize et vingt ans. Ici le mineur est passible de toutes les peines, hormis celle de mort et la prison de force à perpétuité : « Celui qui n'avait pas accompli » sa vingtième année au moment où il a commis un crime ne peut être » condamné à mort, ni à la maison de force à perpétuité » (art. 87). — » Lorsque des individus âgés de moins de vingt ans, » ajoute l'article 42, « sont condamnés à la prison, le tribunal, en vue de leur amendement, » peut prescrire dans son jugement qu'ils subiront dans l'isolement la » totalité de leur peine, si elle ne dépasse pas six mois, et, dans les » autres cas, une portion de cette peine qui ne sera pas supérieure à six » mois.

« Le tribunal peut aussi ordonner, par son jugement, que ces jeunes » condamnés, au lieu d'être soumis au régime de l'isolement, seront » conduits dans une maison de correction. Dans le cas même où le juge- » ment ne s'en explique pas, si cette mesure paraît néanmoins utile à » l'amendement du condamné, elle peut être ordonnée par le ministre » de la justice, sur la proposition de la commission de surveillance. »

167. — En matière de contravention, la minorité ne produit d'effets » que dans les cas prévus par les articles 65 et 66 : « Dans les lieux où » il existe des maisons de correction, les jeunes vagabonds âgés de » moins de seize ans, seront envoyés par l'autorité dans une maison de » correction, pour y recevoir l'éducation pendant un temps qui pourra » s'étendre jusqu'à une année.

A ces termes de l'article 65, l'article 66 n'ajoute qu'un mot : « Les » dispositions de l'article 65 sont applicables aux enfants qui mendient. »

X. — ITALIE

168. — L'Italie vit aujourd'hui sous l'empire du Code pénal du 30 juin 1889, exécutoire depuis le 1er janvier 1890. Avant la guerre qui suivit le

---

des amendes, serait affecté au soulagement des condamnés libérés indigents et à l'entretien d'établissements de correction pour les jeunes détenus. Il existe sur la matière une autre loi des 1-19 décembre 1892.

traité de Villafranca, le Code du 26 octobre 1839, dit *Code albertin*, régissait le Piémont et la Sardaigne; — le Code autrichien du 1er septembre 1852, le Lombardo Vénitien; — le Code édicté le 1er janvier 1821, les duchés de Parme et de Plaisance; — le Code du 1er mai 1856, le duché de Modène; — le Code du 29 juin 1853, revisé par la loi du 8 avril 1856, la Toscane; — le Code du 1er septembre 1819, les Seux-Siciles; — le règlement grégorien du 10 novembre 1832, les États de l'Église. Les évènements qui se sont succédé depuis le traité de Villafranca, sans priver la Toscane de sa législation, amenèrent la promulgation de deux Codes nouveaux, dont l'autorité s'est étendue, la Toscane exceptée, sur toute la péninsule : au Nord et au Centre, le Code subalpin du 20 novembre 1859; — au Midi, le même Code, mais amendé et devenu la législation sardo-nopolitaine, en vertu d'un décret émané de la lieutenance générale du royaume, le 17 février 1861; tels sont les trois Codes qui ont, au point de vue pénal, régi les diverses contrées de l'Italie, jusqu'au 31 décembre 1889 (1).

169. — Le Code actuel s'applique à toute l'étendue du royaume. Le système admis par lui est plus compliqué que les systèmes dont l'étude nous a occupé jusqu'à maintenant; il distingue, en effet, jusqu'à cinq périodes :

170. — Durant la première, — de la naissance à neuf ans accomplis, — l'enfant peut, malgré la présomption absolue d'irresponsabilité qui le couvre, être enfermé sur une ordonnance du président du tribunal, rendue à la requête du ministère public, dans un établissement d'éducation et de correction, jusqu'à sa majorité : « Art. 53. — Nulle pour-» suite n'est à exercer contre celui qui, au moment où il a commis le » fait, n'avait pas accompli neuf ans.

« Néanmoins, si le fait est prévu par la loi comme délit passible de » l'*ergastolo* ou de la réclusion, ou bien encore de la détention pour une » durée d'un an au moins, le président du Tribunal civil, à la requête » du ministère public, peut ordonner, par une mesure révocable, que le » mineur sera enfermé dans un établissement d'éducation et de correction,

---

(1) Lacointa, *Code pénal Italien* : Introduction, p. XX et Code, p. 40.

» pour un temps qui ne dépasse pas l'âge de la majorité; ou bien, il
» peut enjoindre aux parents, ou à ceux qui ont la charge de l'éducation
» du mineur, de veiller sur sa conduite, sous peine, au cas d'inobser-
» vation et si le mineur commet un délit quelconque, d'une amende qui
» peut atteindre deux mille livres. »

171. — Pendant la deuxième période, dont les limites sont neuf et quatorze ans, il existe un doute sur la culpabilité de l'enfant, et, par suite, il faut résoudre, préalablement à toute sentence, la question de discernement. Le discernement n'existe-t-il pas, il en résulte un acquittement pour le mineur, sauf l'application des mesures que nous venons de décrire : « Celui qui, au moment où il a commis le fait, avait accompli
» neuf ans, mais non encore quatorze, s'il n'est pas constaté qu'il ait
» agi avec discernement, ne peut être frappé d'aucune peine. Néan-
» moins, si le fait est prévu par la loi comme un délit passible de l'*er-*
» *gastolo*, ou de la réclusion, ou bien de la détention pour un an au
» moins, le juge peut prescrire l'une ou l'autre des mesures indiquées
» au paragraphe de l'article précédent » (art. 54, al. 1). — Au contraire, au cas où le Tribunal admet le discernement, le mineur sera condamné, mais avec les atténuations de peine indiquées par les alinéas suivants de notre article 54 : « Lorsqu'il est constaté qu'il (le mineur) a agi avec
» discernement, la peine établie relativement à l'infraction commise
» est diminuée d'après les règles suivantes :

» 1° A l'*ergastolo*, est substituée la réclusion de six à quinze ans;

» 2° Les autres peines sont appliquées avec les réductions détermi-
» nées aux n°s 3 et 4 de l'article 47; »

Par suite : « Art. 47 ..... 3° — S'il s'agit de peines temporaires excé-
» dant douze ans, la durée en est limitée de trois à dix ans; — si les
» peines dépassent six ans, mais non douze, la durée est limitée d'un an
» à cinq ans, et, dans les autres cas, la peine est abaissée à une durée
» inférieure à la moitié de celle qui aurait été appliquée;

» 4° La peine pécuniaire est réduite à la moitié. »

172. — Revenons à l'article 54 : « Si la peine encourue est restric-
» tive de la liberté personnelle, dans le cas même où elle est substituée
» à une peine pécuniaire, le coupable qui, à l'époque de la condamna-

» tion, n'avait pas encore accompli dix-huit ans, subit la peine dans une » maison de correction.

« L'interdiction des fonctions publiques et la soumission à la sur- » veillance spéciale de l'autorité de sûreté publique ne lui sont pas » applicables; »

173. — A partir du moment où la quatorzième année est accomplie, la responsabilité du mineur est complète. Néanmoins, le Code pénal italien partage encore en deux périodes le laps de temps qui s'écoule jusqu'au moment de la majorité, c'est-à-dire, jusqu'à l'âge de vingt et un ans révolus. Mais, pour être reproduite du Code sarde, cette complication ne nous en paraît pas moins illogique. Dès l'instant, en effet, qu'on arrive à l'âge d'imputabilité certaine, il suffit pour la diminution de pénalité générale, d'une période entre cet âge et celui de la majorité pénale. Les nuances à mettre, en outre, dans la peine durant cet intervalle, ne sont que des nuances individuelles et toutes relatives, auxquelles doivent suffire la latitude laissée au juge entre le minimum et le maximum, ainsi que les autres moyens ordinaires d'atténuation;

174. — Quoi qu'il en soit, — troisième période, — « art. 55. — Celui » qui, au moment où il a commis le fait, avait accompli quatorze ans, » mais non encore dix-huit, est puni d'après les règles suivantes :

» 1° A l'*ergastolo* est substituée la réclusion de douze à vingt ans;

» 2° Lorsqu'il s'agit d'une peine temporaire qui dépasse douze ans. » elle est appliquée pour une durée de six à douze ans : si la peine excède » six ans, mais non douze, elle est appliquée pour une durée de trois à » six ans, et, dans les autres cas, la peine est réduite à la moitié;

» 3° La peine pécuniaire est diminuée d'un tiers.

» Si, à l'époque de la condamnation, le coupable n'a pas encore » accompli dix-huit ans, le juge peut ordonner que la peine restrictive » de la liberté personnelle soit subie dans une maison de correction, et » ni l'interdiction des fonctions publiques, ni la soumission à la surveil- » lance spéciale de l'autorité de sûreté publique ne sont appliquées; »

175. — Quatrième période : « Art. 56. — Celui qui, au moment où » il avait commis le fait, avait accompli dix-huit ans, mais non encore » vingt et un, est frappé de la réclusion pour vingt-cinq à trente ans, si » la peine édictée relativement à l'infraction commise est l'*ergastolo*, et,

» dans les autres cas, le peine établie quant à l'infraction est diminuée » d'un sixième; »

176. — Passé vingt et un ans, nous tombons dans la cinquième et dernière période, celle où les peines sont applicables dans leur intégralité.

177. — A la critique que nous avons déjà formulée, nous en ajouterons une autre; le Code italien nous semble, en effet, d'une part, fixer à un âge trop tendre le moment de l'entière responsabilité du délinquant, d'autre part, reculer d'une façon trop exagérée l'âge de la majorité pénale. Nous expliquerons plus tard notre manière de voir à ce sujet. Dans son ensemble, autrement, cette législation conserve au châtiment une rigueur suffisante et nous paraît digne des plus grands éloges.

XI. — LOUISIANE

178. — Dans la Louisiane, le Code criminel préparé par Edouard Livingston décide que l'enfant au-dessous de dix ans ne peut pas être poursuivi, qu'aucun de ses actes ne saurait être incriminé.

179. — De dix à quinze ans, il y a lieu de décider si le discernement a existé. Alors même qu'il y a eu discernement, l'enfant est excusé s'il a commis le crime sur l'ordre ou d'après les instigations des personnes qui ont autorité sur lui.

180. — Au dessus de quinze ans et jusqu'à la majorité, la peine est réduite de moitié, et cette peine est commuée en apprentissage sous la surveillance du gardien de la prison d'État, qui le fait instruire dans une profession.

181. — D'après une loi du 10 juillet 1892, tout enfant qui mendie dans la rue, ou de porte en porte, est assimilé à un vagabond. Les officiers de police doivent remettre ces enfants aux maisons de refuge et asiles choisis d'après l'origine religieuse desdits enfants. Ceux-ci seront détenus et instruits dans le métier pour lequel ils auront le plus d'aptitude, jusqu'à ce qu'on puisse les placer en apprentissage.

XII. — LUXEMBOURG

182. — La loi du 18 juin 1879, portant revision du Code pénal luxembourgeois, reproduit dans ses articles 71 à 75, les dispositions des articles

66, 67, 68 et 69 de notre Code français. La peine de mort n'est pas prononcée contre les individus âgés de moins de dix-huit ans : elle est remplacée par celle des travaux forcés à perpétuité.

XIII. — PAYS-BAS

183. — Le Code pénal français de 1810 avait été introduit en Hollande, en même temps que les autres Codes français, par un décret impérial du 1er mars 1811. Dès que la Hollande eut recouvré son indépendance, au mois de décembre 1813, un des premiers actes du nouveau gouvernement fut de le maintenir provisoirement, en y introduisant plusieurs modifications. Bientôt après, la loi fondamentale du 29 mars 1814 prescrivit la rédaction d'un nouveau Code pénal. L'exécution du projet fut lente, car ce n'est que le 3 mars 1881 que, voté par les deux Chambres, il fut sanctionné par le Roi.

184. — Ce Code n'admet pas d'imputabilité au-dessous de dix ans : « Un enfant n'est pas poursuivi en justice avant l'âge de dix ans. — Si » le fait commis rentre dans la qualification d'un délit emportant l'em- » prisonnement et pouvant être poursuivi autrement que sur plainte, » ou constitue la contravention spécifiée à l'article 432 (1), le juge civil, » à la requête du ministère public, peut ordonner que l'enfant soit placé » dans un établissement d'éducation de l'État, jusqu'à l'âge de dix-huit » ans au plus. — Le même juge peut toujours ordonner la mise en » liberté » (art. 38).

185. — Passé l'âge de dix ans jusqu'à l'âge de seize ans accomplis, se présente la question de discernement. Est-il reconnu que le mineur est incapable de discernement, aucune peine ne lui sera infligée.

« En cas de poursuite criminelle dirigée contre un enfant, à raison » d'un fait commis avant qu'il ait atteint l'âge de seize ans, le juge exa- » mine s'il a agi avec discernement. — S'il n'est pas évident qu'il ait » agi avec discernement, aucune peine ne lui est appliquée » (art. 39, alin. 1 et 2).

---

(1) Article 432. — Est puni d'une détention de douze jours au plus, celui qui mendie en public.

Mais le juge pourra ordonner le renvoi de l'enfant dans une maison d'éducation de l'État, jusqu'à l'âge de dix-huit ans au plus; il faut noter, toutefois, que le Code des Pays-Bas restreint cette faculté au cas présentant la particularité suivante : « Si le fait commis rentre dans la quali- » fication d'un délit emportant l'emprisonnement et pouvant être pour- » suivi autrement que sur plainte, le juge peut ordonner que l'enfant » soit placé dans un établissement d'éducation de l'État jusqu'à l'âge de » dix-huit ans au plus.

« Le même juge peut toujours ordonner la mise en liberté, » (art. 39, al. 3 et 4).

L'enfant qui a agi avec discernement sera condamné, mais verra sa peine atténuée dans les proportions suivantes :

« S'il est évident que l'enfant a agi avec discernement, le maximum » des peines principales fixées pour le fait punissable, est diminué d'un » tiers.

« Quand il s'agit d'un délit emportant l'emprisonnement à perpé- » tuité, l'emprisonnement est infligé pour quinze ans au plus.

« Les peines accessoires mentionnées à l'article 9 b, 1° et 4°, ne sont » pas appliqués » (art. 39, al. 5, 6 et 7) (1).

186. — Au-dessus de seize ans, le mineur rentre dans la catégorie des délinquants ordinaires (2).

XIV. — ROUMANIE

187. — En ce qui concerne les circonstances qui suppriment ou atténuent la culpabilité, le Code roumain de 1864 reproduit, sous quelques modifications, la loi française.

188. — La loi française, articles 66 à 69, traite différemment les mineurs de moins de seize ans, selon qu'ils ont agi avec ou sans discernement : au second cas, elle supprime la peine; au premier, elle atténue

---

(1) Art. 9. b. — Peines accessoires : 1° La destitution de certains droits; — 4° la publication du jugement.

(2) Willem Joan Wintgens, *Le Code pénal des Pays-Bas*, p. 12.

la peine et soumet le coupable, même s'il a commis un crime, à la juridiction des tribunaux correctionnels. Ce système a été adopté par le législateur roumain pour les enfants de huit à quinze ans révolus; il l'a étendu même en partie aux mineurs de quinze à vingt ans; les peines qui leur sont applicables se réduisent à un emprisonnement de trois à quinze ans, s'il s'agit d'un crime entraînant les travaux forcés, et, dans les autres cas, à un emprisonnement égal en durée à la moitié ou même au tiers de celui qui eût frappé un agent ordinaire (art. 62 à 65).

XV. — RUSSIE

189. — Le Code pénal russe, dans son édition de 1885 actuellement en vigueur, exclut absolument toute responsabilité jusqu'à l'âge de sept ans.

190. — De sept à dix ans, les jeunes délinquants sont remis à leurs parents, en vue d'une correction domestique.

191. — Le troisième degré va de dix à quatorze ans : la peine n'est pas subie, si l'inculpé a agi sans discernement; au cas contraire, ou bien les peines ordinaires sont modérées, ou bien on lui applique des mesures spéciales, comme l'éducation obligatoire dans un couvent, l'emprisonnement, la correction paternelle, et, depuis 1886, l'éducation dans un établissement de correction pour les jeunes criminels. Il en est de même des mineurs de quatorze à dix-sept ans (4e degré), que les tribunaux estiment avoir agi sans discernement.

192. — Quant aux mineurs de quatorze à vingt et un ans (5e degré) qui ont agi avec discernement, on leur applique les peines ordinaires, quoique dans une mesure atténuée.

193. — La responsabilité pénale complète est encourue à vingt et un ans.

194. — Depuis 1880, a été instituée, sous la présidence du ministre de la justice et du chef de la section de législation, une commission spéciale chargée de préparer le projet d'un nouveau Code pénal basé sur la législation nationale et étrangère et sur les principes scientifiques. Les travaux de cette commission attendent à courte échéance leur achèvement. Voici, en quelques mots, les dispositions du futur Code pénal : il

déclare irresponsable l'enfant qui n'a pas atteint dix ans révolus; mais il offre à la société des moyens de protection contre la précocité des instincts pervers. L'enfant peut être « placé, dans les formes à ce spé» cialement prescrites, ou d'après l'arrêt du tribunal, dans un établis» sement d'éducation, ou mis sous la surveillance responsable de ses » parents ou d'autres personnes qui voudront en accepter les soins. » Remarquons la responsabilité imposée aux personnes qui auront à surveiller l'enfant; il sera établi que leur surveillance a été insuffisante, si l'enfant commet un nouvel acte prévu par la loi pénale : ils n'en supporteront pas seulement la responsabilité civile, ils encourront encore certaines peines. Reproduisons, à ce propos, en nous l'appropriant, une critique très juste de M. Albert Desjardins (1) : « Cette dernière idée, » dit l'éminent auteur, « ne nous semble pas heureuse : elle n'est pas de » nature à encourager ceux qui voudraient se dévouer à l'éducation et » à la réhabilitation, déjà difficiles par elles-mêmes, d'un enfant placé » par sa naissance et par ses premières années dans de mauvaises con» ditions : il ne faut pas rendre le dévouement trop périlleux. Une sur» veillance dont les conséquences sont si redoutables, ne saurait être » imposée qu'à des parents; la loi la rend obligatoire pour les tuteurs, » ce qui est aller bien loin; toutes autres personnes n'en peuvent être » chargées que de leur consentement : s'en présentera-t-il beaucoup?... »

195. — Quand l'enfant a de dix à dix-sept ans, les juges doivent se poser la question de discernement. A-t-il agi sans discernement, il est assimilé au mineur de dix ans. A-t-il agi avec discernement, il est puni; mais ce n'est pas dans les termes du droit commun; à cet âge, le châtiment normal consiste à être placé dans un asile d'amendement; par malheur, les établissements de ce genre sont d'origine récente et en petit nombre dans l'Empire.

196. — La Commission a eu la sagesse de prévoir une situation dont les diverses législations ne s'occupent pas en général. Puisqu'il s'agit de responsabilité, c'est au moment de l'action qu'il faut se reporter pour savoir quel était alors l'âge de l'inculpé; mais, une fois celui-ci condamné,

---

(1) *Code pénal russe*, 1884, p. 26.

il n'est pas indifférent de savoir à quel âge il est parvenu : s'il a dix-huit ans, ce n'est plus dans un établissement spécial, c'est dans une prison qu'il sera toujours placé; mais une compensation lui sera accordée : le temps pendant lequel il devrait être privé de liberté sera réduit de moitié.

Que le mineur de dix-sept ans soit placé dans un établissement spécial ou dans une prison, la condamnation qu'il encourt ne le place pas pour l'avenir sous le coup de la récidive.

197.—La Commission laisse au Code de procédure pénale à s'occuper de la juridiction devant laquelle doit comparaître le mineur accusé d'un crime; mais elle pense qu'il ne faut pas le renvoyer au jury. La longueur et la solennité de la procédure suivie devant le jury produiraient sur l'enfant une mauvaise impression; il prendrait rang parmi les tristes héros du jour et se piquerait de cette fausse hauteur d'âme qui conduit aux plus grands crimes.

XV *bis*. — FINLANDE

198. — Le Grand-Duché de Finlande, qui est réuni à la Russie, possède une constitution propre et une législation spéciale, complètement différente de celle de la Russie. La situation politique actuelle de ce pays date de la Diète de Borgo (1809), qui consacra l'annexion opérée par les armées russes. Toutefois, depuis cette époque jusqu'en 1889, la Finlande continua à être régie, en principe, par le Code suédois de 1734, en matière criminelle comme en matière civile. Le 19 décembre 1889, fut promulgué le nouveau Code pénal, en vigueur depuis le 1er janvier 1891. Ce Code, au point de vue de l'âge requis pour l'imputabilité et la responsabilité en matière pénale, fait les différences suivantes :

199. — Un enfant qui n'a pas encore atteint sa quinzième année n'est pas responsable pénalement. Cependant, suivant les circonstances, le tribunal peut ordonner qu'un enfant qui a accompli sa septième année soit placé dans un établissement public d'éducation, ou soit corrigé à la maison par ses parents, ou celui sous la garde duquel il se trouve. Si les parents, ou celui qui prend soin de l'enfant, négligent la correction

qu'il est de leur devoir d'infliger, l'autorité exécutive peut s'en charger.

L'enfant peut être gardé dans l'établissement public d'éducation aussi longtemps que l'autorité compétente l'estime nécessaire, cependant pas au delà de sa dix-huitième année accomplie, à moins que le représentant légal de l'enfant n'autorise un séjour plus long dans l'établissement, auquel cas ce séjour peut aller jusqu'à la vingtième année accomplie.

Il ne faut cependant pas interpréter ces dispositions à la lettre; car, suivant l'ordonnance d'exécution, un enfant remis à l'établissement d'éducation, doit, autant que possible, être placé dans une famille pour y être élevé sous la surveillance de l'établissement, s'il ne doit pas être gardé auparavant dans l'établissement, eu égard à son âge, à sa perversité, ou à d'autres circonstances. Les dispositions plus détaillées sur ces établissements d'éducation sont réservées à des ordonnances spéciales.

200. — Lorsque le coupable est âgé de quinze ans accomplis, mais n'a pas atteint dix-huit ans, il y a lieu de réduire en sa faveur la peine normale, selon les règles posées par la loi.

XVI. — SERBIE

201. — L'article 51 du Code pénal du 27 mars 1860 établit de la manière suivante les limites de la responsabilité d'après l'âge :

1° Période d'irresponsabilité absolue, jusqu'à sept ans;

2° Période où la responsabilité dépend de l'existence chez l'inculpé du discernement nécessaire pour comprendre la culpabilité de son action, de sept à quatorze ans;

3° Période où le discernement de la culpabilité est présumé, la loi admettant cependant des circonstances atténuantes, jusqu'à vingt et un ans;

A partir de de la vingt-et-unième année, la responsabilité existe complète.

XVII. — SUÈDE ET NORWÈGE

202. — I° Suède. — D'après la loi pénale du 16 février 1864, la capacité pénale commence, en principe, à l'âge de quinze ans. « Une action

» punissable ne l'est plus, excepté dans les cas spécifiés au § 2, lorsqu'elle » est commise par des enfants n'ayant pas encore accompli leur quinzième » année ; cependant le tribunal peut ordonner, suivant les circonstances, » que l'enfant recevra une correction à son domicile de la part de ses » parents ou de ceux qui en ont la garde et l'éducation, ou sera placé » dans une maison d'éducation publique, s'il a des ressources suffi- » santes » (art. 1) (1). Les crimes spécifiés dans le § 2, sont ceux entraînant la peine de mort ou une peine de plus de deux ans de travaux forcés et pour lesquels la capacité commence à l'âge de quatorze ans. Transcrivons cet article : « Si une action ordinairement punie de la peine de » mort ou des travaux forcés de plus de deux années, est commise par » celui qui a plus de quatorze ans, mais moins de quinze, et s'il est » établi qu'il possédait le discernement nécessaire pour comprendre sa » culpabilité, le coupable doit être puni au maximum des travaux for- » cés pendant quatre ans, s'il eût été passible de la peine de mort, et » des travaux forcés au maximum de deux ans. s'il en eût été passible » pendant un temps plus long.

« Les effets prévus au chapitre 2, paragraphe 19, ne peuvent s'ap- » pliquer au prévenu de cet âge » (art. 2) (2).

203. — La jeunesse, depuis l'âge de quinze ans jusqu'à l'âge de dix-huit ans, entraîne seulement un adoucissement de la peine, dans les conditions déterminées par l'article 3 : « Si l'infraction, » dit cet article, « est commise par celui qui a accompli sa quinzième, mais non sa dix- » huitième année, la peine de mort ou celle des travaux forcés à per- » pétuité sera réduite aux travaux forcés de six à dix ans ; et de même » les travaux à temps seront abaissés à la moitié de la moindre peine » édictée pour l'infraction, pas cependant au-dessous de deux mois.

« Lorsque l'infraction entraîne les effets indiqués au chapitre 2, § 19, » le tribunal décide, suivant les circonstances, si ces effets doivent être » prononcés. »

---

(1) Raoul de la Grasserie, *Les Codes Suédois*, titre pénal, chapitre V, articles 1 à 4.
(2) Il s'agit dans ce chapitre 2, paragraphe 19, de la privation des droits civiques.

204. — Signalons une dernière conséquence de la minorité : elle est renfermée dans l'article 4 : « L'infraction commise par celui qui n'a pas » dix-huit ans révolus ne peut lui être comptée pour le calcul de la » récidive, lorsque celle-ci entraîne une aggravation de peine. »

205. — II° NORWÉGE. — La Norwège vit sous l'empire du Code pénal général de 1842, mais modifié en plusieurs points au cours des années 1866, 1874, 1889 et 1890. D'après ce Code, les enfants au-dessous de dix ans ne peuvent pas être condamnés.

206. — Les garçons, entre dix et quinze ans, sont habituellement punis de la verge ou de la prison de huit à soixante jours. Dans les cas très graves on peut même appliquer les travaux forcés jusqu'à concurrence de neuf ans; mais on peut aussi, dans les cas moins graves, remplacer la peine corporelle ou la prison par une réprimande.

Au lieu et place de ces peines, le juge peut ordonner que le garçon soit placé dans un établissement de correction jusqu'à sa dix-huitième année.

Dans tous ces cas, il faut supposer que l'auteur a agi avec discernement; sinon, le tribunal ne peut ni infliger une peine, ni ordonner la détention dans une maison de correction, mais l'autorité scolaire et l'administration des pauvres prennent sous leur surveillance ces enfants moralement abandonnés.

En ce qui concerne les jeunes filles, on ne peut leur infliger un châtiment corporel que si elles n'ont pas encore atteint leur douzième année. Du reste, la loi prévoit pour les jeunes filles les mêmes peines que pour les garçons; en fait, cependant, on ne leur applique pas la peine de la verge, et il est impossible de les enfermer dans des maisons de correction, puisqu'il n'en existe pas pour elles.

207. — Les jeunes gens entre quinze et dix-huit ans ne peuvent pas être condamnés à la peine de mort. Du reste, il existe pour eux des adoucissements dans les peines.

208. — Dans le projet du nouveau Code pénal d'importantes modifications sent proposées pour les délits des jeunes gens. Comme en Suède et en Finlande, on veut fixer la majorité pénale, c'est-à-dire, l'âge au-dessous duquel on ne peut pas punir, à quatorze ans; on remplacera la peine par des mesures d'éducation.

XVIII. — SUISSE

209. — I° Suisse Romande. — Bornons-nous, ici, à quelques généralités. Tous les Codes des cantons composant la Suisse Romande admettent, contrairement au Code français, une période pendant laquelle l'enfant ne peut être condamné. Le Code de Fribourg (article 60) interdit même toute poursuite. En revanche, le système français de la question du discernement a été imité partout, et c'est au jury qu'appartient, en matière criminelle, le droit de la trancher (le projet vaudois l'abolit). La question délicate de la création d'une période intermédiaire entre la fin de l'âge critique et l'âge adulte est résolue affirmativement par les Codes du Valais (art. 92), de Fribourg (art. 63), et de Neufchâtel (art. 84) : ces deux derniers seulement, en cas de réclusion perpétuelle. Les autres Codes imitent le Code français et assimilent l'adolescent à l'homme fait.

210. — II° Tessin. — Le Code Tessinois du 1er juillet 1873 distingue cinq périodes d'âge. La culpabilité pleine et entière est admise après l'âge de vingt ans. Celui qui n'a pas atteint l'âge de dix ans n'est pas responsable. De dix à quatorze ans, on doit poser la question de savoir si l'agent a agi avec discernement. Si le discernement est admis, la peine doit être réduite de deux à trois degrés. S'il n'y a pas eu de discernement, le juge ordonne de pourvoir à l'éducation du mineur aux frais de la famille ou de la commune. Pour un délinquant de l'âge de quatorze à dix-huit ans, on diminue les peines d'un à deux degrés; entre dix-huit et vingt ans, la peine n'est plus réduite que d'un degré.

XIX. — TURQUIE

211. — C'est l'article 40 du Code pénal promulgué le 25 juillet 1858 qui règle en Turquie la condition des jeunes criminels. Mais cet article, très obscur, a dû être interprété et complété par une circulaire ministérielle, en date du 25 mars 1874. Pour comprendre ces dispositions, il faut se rappeler qu'en droit musulman la majorité se constate *ex habitu*

corporis; lorsque les signes de la puberté se sont manifestés, on est majeur, à supposer, toutefois, qu'un garçon ait douze ans, et qu'une jeune fille ait neuf ans accomplis. A défaut de signes de puberté, on est majeur à sa quinzième année. Le système du Code pénal ottoman et de la circulaire précitée déclare les enfants au-dessous de treize ans irresponsables; ils sont, en cas d'infraction punissable, remis à leurs parents sous caution, et, si la caution n'est pas fournie, emprisonnés par les soins de la police « *pendant un temps convenable.* » Entre treize et quinze ans, ce sont des adolescents à défaut de signes de puberté; mais, si les signes en question se sont manifestés, il faut considérer les jeunes délinquants comme des adultes pleinement responsables. Les adolescents ayant agi sans discernement sont soumis à la même loi que les enfants au-dessous de treize ans; ceux qui ont agi avec discernement sont punis de l'emprisonnement correctionnel, lors même qu'ils se seraient rendus coupables d'un crime.

212. — Il nous a paru intéressant de rechercher si, en Asie, les législations qui nous sont connues renferment quelques particularités au sujet des mineurs. Nous en avons trouvé dans le Code annamite et dans le Code japonais.

XX. — ANNAM

213. — Le Code annamite ne s'occupe des mineurs qu'au point de vue de la *question* (1). L'article 369 dit à ce propos : « Les personnes de » quinze ans et au-dessous, dont l'enfance a droit à la bienveillance, » seront, lorsqu'elles auront commis quelque faute, dispensées d'être » soumises à l'emploi des supplices de la question devant les tribunaux. » Et un peu plus loin l'article ajoute : « Les enfants de dix ans et au- » dessous ne peuvent pas être appelés en témoignage... » Ce texte est exactement reproduit du Code chinois.

(1) Philastre, *Le Code annamite*, t. 2, p. 656. Paris, 1876.

XXI. — JAPON

214. — Le Code présenté au Sénat japonais par le ministre de la justice, au mois d'août 1877, ne le cède en rien aux Codes européens les plus perfectionnés. Il distingue quatre périodes (1). Pendant la première période, qui s'arrête à douze ans accomplis, l'irresponsabilité est absolue et la peine nulle, sauf internement facultatif dans une maison spéciale : « Il n'y a pas d'infraction, » dit l'article 91, « lorsque l'inculpé avait » moins de douze ans accomplis au moment de l'action.

« Néanmoins, le tribunal peut, suivant les circonstances et la gravité » du fait, ordonner que l'enfant subisse un emprisonnement *de garde*, » dans un établissement pénitentiaire spécial, pendant un temps déter- » miné qui ne peut excéder la seizième année accomplie. »

Entre douze et seize ans, le tribunal doit résoudre la question de discernement. Si le discernement n'est pas reconnu, aucune peine n'est infligée à l'inculpé, sauf internement facultatif comme ci-dessus, mais jusqu'à un âge plus avancé. L'inculpé a-t-il agi avec discernement, la peine est abaissée dans les proportions déterminées par l'article 92 que voici : « Si l'inculpé avait plus de douze ans et moins de seize ans » accomplis au moment de l'action, le tribunal doit se prononcer spé- » cialement sur le point de savoir s'il a agi avec ou sans discernement.

« Si le mineur est déclaré avoir agi sans discernement, aucune peine » ne lui est appliquée, mais il peut être détenu, conformément à l'article » précédent, jusqu'à sa vingtième année accomplie.

« S'il est déclaré avoir agi avec discernement, il jouit d'une excuse » légale, et la peine de l'infraction est abaissée de deux à trois degrés. »

A partir de seize ans jusqu'à vingt ans, l'âge n'est plus qu'une excuse légale dont l'article 93 nous indique les conséquences :

« Si l'inculpé avait plus de seize ans et moins de vingt ans accomplis » au moment de l'action, il jouit encore d'une excuse légale, et la peine » est abaissée d'un à deux degrés. »

---

(1) *Code Japonais*, p. 26 et 27. Tokio, 1879.

Enfin, au delà de vingt ans accomplis, la responsabilité est entière.

215. — Ainsi donc, et pour résumer en quelques mots les pages précédentes, toutes les nations, sauf l'Annam, la Belgique et le Luxembourg, admettent une période d'irresponsabilité absolue.

216. — Admettent deux périodes :

1° L'Annam : 1 à 15 ans, *au point de vue de la question seulement*; — 15 ans et au-delà;

2° La Belgique : 1 an à 16 ans; — 16 ans et au delà;

3° Le Luxembourg : 1 an à 16 ans; — 16 ans et au-delà.

217. — Admettent trois périodes :

1° L'Angleterre : 1 an à 7 ans; — 7 ans à 14 ans; — 14 ans et au delà;

2° L'Allemagne : 1 an à 12 ans; — 12 ans à 18 ans; — 18 ans et au delà;

3° Le Brésil : 1 an à 14 ans; — 14 à 21 ans; — 21 ans et au delà;

4° L'Égypte : 1 an à 7 ans; — 7 ans à 15 ans; — 15 ans et au delà;

5° La Finlande : 1 an à 15 ans; — 15 ans à 18 ans; — 18 ans et au delà;

6° La Grèce : 1 an à 10 ans; — 10 ans à 14 ans; — 14 ans et au delà;

7° Les Pays-Bas : 1 an à 10 ans; — 10 ans à 16 ans; — 16 ans et au delà;

8° La Roumanie : 1 an à 8 ans; — 8 ans à 15 ans; — 15 ans à 20 ans en certains cas; — 15 ans et au delà;

9° La Suède : 1 an à 14 ans ou à 15 ans, suivant les cas; — 15 ans à 18 ans; — 18 ans et au delà;

10° La Turquie : 1 an à 13 ans; — 13 ans à 15 ans; — 15 ans et au delà.

218. — Admettent quatre périodes :

1° L'Autriche : 1 an à 10 ans; — 10 ans à 14 ans; — 14 ans à 20 ans; — 20 ans et au delà;

2° L'Espagne : 1 an à 9 ans; — 9 ans à 15 ans; — 15 ans à 18 ans; — 18 ans et au delà;

3° La Hongrie : 1 an à 12 ans; — 12 ans à 16 ans; — 16 ans à 20 ans; 20 ans et au delà;

4° Le Japon : 1 an à 12 ans; — 12 ans à 16 ans; — 16 ans à 20 ans; — 20 ans et au delà;



5° La Louisiane : 1 an à 10 ans; — 10 ans à 15 ans; — 15 ans à 21 ans; — 21 ans et au delà;

6° La Serbie : 1 an à 7 ans; — 7 ans à 14 ans; — 14 ans à 21 ans; — 21 ans et au delà;

7° La Norwège : 1 an à 10 ans; — 10 ans à 15 ans, pour les garçons, ou à 12 ans, pour les filles, mais au point de vue des châtiments corporels seulement; — 15 ans à 18 ans; — 18 ans et au delà.

219. Admettent cinq périodes :

1° L'Italie : 1 an à 9 ans; — 9 ans à 14 ans; — 14 ans à 18 ans; — 18 ans à 21 ans; — 21 ans et au delà;

2° La Russie : 1 an à 7 ans; — 7 ans à 10 ans; — 10 ans à 14 ans; — 14 ans à 17 ans ou 21 ans; — 21 ans et au delà;

3° La Suisse (canton du Tessin) : 1 an à 10 ans; — 10 ans à 14 ans; 14 ans à 18 ans; — 18 ans à 20 ans; — 20 ans et au delà.

220. — Après cette digression à travers les principales nations du globe, revenons à notre pays, pour y étudier, dans tous ses détails, la situation faite au mineur par notre législation pénale.

CHAPITRE III

Le Mineur dans notre législation : vue d'ensemble et examen de trois questions controversées

221. — A la fin de notre chapitre premier, nous reproduisions le système inauguré par la loi du 25 septembre 1791, en esquissant à grands traits les critiques formulées à son endroit par la majorité des auteurs. Les principes de la loi de 1791, ajoutions-nous, ont passé dans notre Droit actuel, dont ils forment la base depuis 1810. Le moment est venu de les discuter ; mais, pour en donner, au préalable, une idée d'ensemble, nous allons résumer les articles qui ont trait à notre sujet.

222. — Jusqu'à l'âge de seize ans, le mineur est couvert, dans notre loi pénale, par une présomption d'irresponsabilité, qui peut être détruite, d'ailleurs, ainsi qu'on va le voir. Cette présomption est-elle confirmée par les faits, le jeune délinquant traduit en justice sera acquitté ; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année (art. 66).

223. — Est-il établi, au contraire, que le mineur a agi avec discernement, il sera condamné à une peine, dont l'article 67 détermine les proportions, mais qui ne pourra jamais être que correctionnelle.

224. — Enfin, au cas où l'individu âgé de moins de seize ans, n'a pas de complices présents au-dessus de cet âge, et est prévenu de crimes autres que ceux que la loi punit de la peine de mort, de celle des tra-

vaux forcés à perpétuité, de la peine de la déportation ou de celle de la détention, l'article 68 crée en sa faveur le bénéfice de compétence, en le rendant justiciable des tribunaux correctionnels.

225. — Telle se présente notre loi! Est-elle aussi arriérée qu'on l'a déclaré? — Est-elle en contradiction avec la science? — Est-il bien exact qu'il résulte une *inelegantia juris* de l'existence simultanée de deux majorités, l'une pénale, l'autre civile? — Autant de questions qui seront éclairées, nous l'espérons, par la discussion à laquelle nous allons nous livrer.

226. — Un premier point qui doit retenir notre attention, c'est que notre législation, contrairement à la plupart des législations étrangères, ne fixe pas un âge au-dessous duquel le mineur ne saurait être poursuivi : est-ce un tort?

D'autre part, elle arrête à seize ans la période qu'on est convenu d'appeler minorité pénale : certains criminalistes voudraient voir reculer cette limite à dix-huit ans : que faut-il en penser?

Ne faudrait-il pas au moins, entre seize et vingt et un ans, abaisser le niveau des peines?

Ces trois questions ont été souvent et longuement débattues par les auteurs, dans les divers congrès pénitentiaires et au sein des sociétés qui s'occupent de l'enfance coupable; nous allons donc nous y arrêter un instant.

SECTION I. — Y a-t-il lieu de fixer par une disposition légale un âge d'irresponsabilité pénale?

227. — L'article 66 de notre Code pénal, nous l'avons vu, a bien fixé à seize ans l'âge à partir duquel la responsabilité absolue est supposée chez l'individu, mais il n'a établi aucune limite au-dessous de laquelle on doit tenir le mineur pour complètement irresponsable : il se contente de partager la vie humaine en deux périodes seulement. Ce système a soulevé bien des polémiques. Beaucoup d'esprits, cédant aux impulsions d'une philanthropie sincère, mais naïve, et d'un sentimenta-

lisme nerveux, le condamnent aujourd'hui comme « arriéré » pour beaucoup de raisons, dont la principale est peut-être que la plupart des autres nations ont adopté un *modus vivendi* nouveau : n'oublions pas que l'amour de l'imitation entraine souvent les hommes. D'autres, « les traînards » ceux-là, soutiennent, au contraire, que l'article 66 présente la meilleure des solutions, qu'on doit en conséquence en maintenir la teneur, sauf à y ajouter quelques compléments. Inutile d'affirmer que le dernier mot n'a pas été dit; plus que jamais « *adhuc sub judice lis est!* »

228. — Essayons de condenser les arguments que les deux camps s'opposent mutuellement; la chose n'est certes pas facile, étant donné qu'ils sont noyés souvent dans une phraséologie plus ou moins enchevêtrée, dont on a peine à les dégager clairement. Nous résumerons, en premier lieu, les opinions émises par les adversaires du Code pénal.

229. — Dès l'abord, nous rencontrons les lignes suivantes de M. Rossi, toutes remplies d'une éloquence émue (1). « Il est, » dit cet auteur, « entre » le jour de la naissance d'un homme et l'âge de seize ans, un point où » la présomption d'innocence s'affaiblit assez pour que l'acte individuel » mérite d'être examiné. Mais, avant d'atteindre ce point, la présomption » d'innocence est tellement forte, qu'elle doit dominer sans partage, et » ne point admettre d'examen. Placer sur la sellette un enfant qui n'a » pas huit ou neuf ans accomplis, c'est un scandale, c'est un acte affli» geant, qui n'aura jamais l'assentiment de la conscience publique. C'est » une éducation qu'il faut donner à ces petits infortunés : on ne peut » songer à leur infliger une peine. Qui pourrait la prononcer avec une » parfaite conviction de la culpabilité de l'accusé? Qui pourrait affirmer » que la condamnation ne serait pas un mouvement de haine contre le » fait en soi, plus encore qu'une appréciation impartiale de la culpabi» lité de son auteur? »

230. — Sous l'inspiration de ces lignes, MM. Chauveau et Faustin Hélie (2), signalant cette lacune de notre loi pénale, ont pu écrire que la

---

(1) Rossi, *Traité de Droit pénal*, t. II, p. 33.
(2) Chauveau et Faustin Hélie, t. I, 1887, p. 512 et suiv.

justice et l'humanité réclament une distinction entre les enfants en bas âge et les autres mineurs de seize ans, car il est un âge, celui de la première enfance, où l'innocence de l'agent est une certitude : la loi, par suite, aurait tort de livrer à la justice des enfants dans lesquels il est impossible de supposer un discernement quelconque de l'action qu'ils ont commise ; elle doit empêcher qu'un jugement public ne flétrisse une vie à peine commencée, alors surtout que l'innocence est évidente. Les lignes suivantes résument les arguments et la manière de voir de ces auteurs.

231. Fixer une limite d'âge minima ne constituerait, à leur avis, une innovation que dans notre législation. Les Codes d'Angleterre, d'Autriche, de la Louisianne, et bien d'autres encore, n'ont-ils pas déjà réalisé ce perfectionnement qu'avait connu le droit romain? Il y a donc chez les législateurs une quasi unanimité à reconnaître un âge d'irresponsabilité absolue : peu importe la limite assignée à cette période. Les cas d'intelligence tout à fait précoce qui peuvent se présenter ne sont que de rares exceptions, insuffisantes pour compromettre la sûreté publique. D'ailleurs, ajoutent-ils, la commission de la Chambre des Pairs avait pris en considération ce point de vue moral, lorsqu'elle déposait, au moment de la revision du Code pénal, un amendement ainsi conçu : « Si l'individu est âgé de moins de douze ans, le tribunal pourra ordonner, sur » la réquisition du ministère public, que le jugement aura lieu en Chambre » du Conseil, les parents du prévenu dûment appelés, et en présence de » son conseil. » On disait à l'appui : « La loi ne nous a pas paru avoir tout » prévu ; il y a un âge auquel le discernement ne peut être mis en question. » On ne peut le dire dans la loi, car il diffère selon les individus ; mais c'est » une chose tout à fait affligeante que de voir paraître sur les bancs des » cours d'assises ou de la police correctionnelle de malheureux enfants. » La commission a cru parer à cet inconvénient en établissant un âge » au-dessous duquel le tribunal pourrait ordonner que le jugement » n'aurait pas lieu en audience publique, mais en Chambre du Conseil. » Elle a fixé l'âge de douze ans ; elle a pensé que, lorsque l'accusé avait » moins de douze ans, il ne pouvait y avoir intérêt pour la société à faire » paraître cet enfant devant le public. » Néanmoins, cet amendement fut repoussé pour les raisons suivantes : d'abord, il est de principe que

les débats et le jugement soient publics en matière criminelle; en second lieu, la Charte n'a autorisé d'exception à cette règle que dans le seul cas où l'ordre ou les mœurs seraient compromis par la publicité; enfin, il suffit que la sagesse des magistrats puisse concilier le principe de la publicité des débats avec les égards dus à l'enfance.

232. — Au reste, cette proposition, fût-elle passée, n'aurait pas atteint le but que ses auteurs paraissaient désirer. MM. Chauveau et Faustin Hélie le reconnaissent volontiers : « elle n'eût point sauvé l'en- » fant accusé de la contagion du vice, de la lèpre des prisons; elle ne » l'eût point préservé de la flétrissure morale dont un jugement peut » irréparablement empreindre de jeunes imaginations, et, en lui ôtant » les garanties de la publicité de l'audience, elle n'eût point empêché la » publicité du jugement. Le but de la Chambre des Pairs n'aurait été » atteint qu'en fixant une limite jusqu'à laquelle les actes de l'enfance » n'auraient pu être incriminés. »

233. — Quant à cette limite, les deux auteurs, contrairement à l'opinion de M. Rossi, qui propose neuf ans, ne voient aucun inconvénient à la reculer jusqu'à dix ans.

234. — Ecoutons maintenant la théorie de M. Ortolan : « Les facul- » tés morales de l'homme, » dit-il, « pas plus que ses facultés physiques, » ne se produisent tout d'un coup. La nature accomplit son œuvre pas » à pas, suivant une gradation générale pour l'humanité dans son » ensemble et spéciale pour chaque individu. Chaque jour, chaque » moment, dans le cours régulier des choses, amène son progrès. » — L'homme, dès sa naissance, porte en lui le principe de toutes ces facultés psychologiques, facultés qui se développent parallèlement aux facultés physiques. Chez l'enfant dont les saillies intelligentes nous émeuvent tous les jours, quand la raison morale se sera-t-elle développée?... On n'en sait rien au juste. Les impulsions sensuelles et un commencement de libre arbitre se disputent en lui la première place. Durant les premières années surtout, ce qu'on prend pour les manifestations d'une volonté tenace, n'est le plus souvent que l'effet d'une sollicitation physique, qui prédomine. Comment donc apprécier l'acte commis par un enfant? La règle scientifique est bien simple : l'enfant a-t-il manqué tout à la fois de liberté et de raison morale, ou de raison morale seule-

ment? il n'y aura pas imputabilité; a-t-il agi dans l'exercice de ces deux facultés, sans néanmoins que la raison ait atteint un développement normal? il y a culpabilité moindre. Le difficile est d'appliquer cette règle en droit positif. Faut-il, par exemple, abandonner au juge toute latitude d'appréciation pour chaque inculpé dans chaque cause? Mais ce serait l'abdication du législateur et la porte ouverte à toutes les variations arbitraires des décisions individuelles. Faut-il au contraire que le législateur, prenant une moyenne suivant le peuple pour lequel il statue, détermine certaines limites d'âge entre lesquelles pourront se mouvoir les dispositions de la loi pénale? Ce serait peut-être le meilleur parti, à condition, cependant, que le juge conserve une latitude suffisante pour tenir compte des nuances particulières de chaque cause.

235. — « La science rationnelle a donc à rechercher quelles sont les » les diverses périodes à distinguer, dans le cours du développement » humain, jusqu'à l'âge où l'homme réunit en lui les conditions voulues » pour entrer dans l'application des règles communes et des dispositions » pénales ordinaires. »

236. — « Cela posé, n'est-il pas un âge, n'importe pour le moment » lequel, prenez trois, quatre, cinq ou six ans, si vous voulez, n'est-il » pas un âge où il est certain que la conception du juste et de l'injuste, » en d'autres termes, la raison morale, n'existe pas chez l'enfant et » qu'aucune imputabilité pénale ne saurait avoir lieu contre lui? — Ne » serait-il pas ridicule de voir mettre en accusation un enfant qui n'est » pas encore sorti de cet âge? Laissera-t-on, en principe, au magistrat » le droit de le faire, tout en s'en remettant à son bon sens pour ne pas » user de ce droit? Lui laissera-t-on l'hésitation sur la limite à laquelle » il devra s'arrêter, d'où le défaut d'unité, les variations individuelles? » Et quel inconvénient y aurait-il à fixer cette limite, en la tenant, si » l'on veut, plutôt au-dessous, qu'au-dessus de la moyenne? Cette pre- » mière période s'offre donc tout raisonnablement et presque forcément » à la délimitation du législateur. »

237. — A cette première période en succède une seconde, qui commencera, selon les opinions, à six, sept, huit ans, peu importe, et ne s'achèvera qu'au moment où il devient indubitable que l'homme, en règle générale, possède une claire notion du juste et de l'injuste. Entre

les deux points limites, se posera, pour chaque individu et dans chaque cause, la question de savoir si le délinquant avait ou n'avait pas une raison morale suffisamment développée, et, par suite, le discernement de son acte. Au cas de négative, il n'y aura pas imputabilité ou, du moins, pas de culpabilité pénale; l'affirmative, au contraire, entraînera l'imputabilité, mais la culpabilité sera moindre.

238. — Arrive une troisième époque où le doute cesse. Un agent normalement constitué possède une notion du juste et de l'injuste suffisante pour constituer l'imputabilité avec la culpabilité pénale. Mais alors se pose cette double question : la majorité pénale doit-elle coïncider avec la majorité civile? Comment se gradue la culpabilité durant cet intervalle?

239. — En premier lieu, l'on peut répondre que la notion du juste et du mal moral, quoique plus spirituelle, se développe et atteint son point culminant avant la notion de l'utile, c'est-à-dire, de l'intérêt matériel. Tel qui n'est pas capable de démêler ce qu'il peut y avoir d'avantageux ou de désavantageux dans un marché proposé, dans une obligation à contracter, dans une aliénation à faire, ni de se garantir des pièges qui lui seraient tendus à cet égard, pourra déjà discerner sans aucun doute que telle action ou telle inaction constitue une violation du droit. Aussi, l'âge où commence la certitude d'imputabilité pénale doit-il nécessairement précéder celui de la majorité civile. Toutefois, — et voici la réponse à la deuxième question, — comme la raison n'est pas encore arrivée à son parfait épanouissement, que ses forces sont encore contrariées quelque peu par les entraînements de la jeunesse, il semble que l'application des peines ordinaires ne puisse pas avoir lieu avant la majorité civile, époque où l'une et l'autre des deux notions précitées sont perçues par l'homme, entièrement et exactement. De sorte qu'il devient indispensable d'ajouter une quatrième période à partir de laquelle la pénalité de droit commun est désormais applicable. Puis, pour sortir du vague et formuler des limites précises, M. Ortolan propose d'adopter les périodes septennales : 1° depuis la naissance jusqu'à sept ans accomplis, non imputabilité ; — 2° de sept ans accomplis jusqu'à quatorze ans, imputabilité douteuse, question à résoudre : en cas d'affirmative, culpabilité moindre; — 3° de quatorze ans accomplis jusqu'à vingt et un ans,

imputabilité certaine et culpabilité plus élevée que dans le cas précédent, mais non encore au niveau commun ; — 4° à vingt et un ans accomplis, culpabilité au niveau commun, application des peines ordinaires. « Ce » système, » conclut-il, « aurait l'avantage de procéder par périodes régu- » lières d'un même chiffre, ce qui équivaut presque, pour la simplicité, » à n'en avoir qu'une seule; d'être d'accord avec les données de la » science physiologique dans ses traditions les plus antiques, confir- » mées par quelques auteurs modernes; enfin, de former terme » moyen au milieu de la variété des chiffres reçus dans les Codes divers » et de comprendre même ceux de ces chiffres qui sont le plus commu- » nément répandus. »

240. — On argumente encore, en faveur d'une réforme, du scandale qui résulte de la comparution d'enfants trop jeunes en cour d'assises ou en police correctionnelle. Avec l'article 66, en effet, le ministère public peut traduire des enfants en justice, quel que soit leur âge, et l'on a des exemples de poursuites contre des enfants de moins de sept ans.

241. — Les partisans du *statu quo* ont opposé comme réponse une circulaire du 26 mai 1855 (1), dans laquelle le ministre de la justice recommande aux membres du ministère public de ne pas poursuivre les enfants au-dessous de l'âge de sept à huit ans, car, sauf des cas absolument exceptionnels, la responsabilité de leurs actes ne peut être imputée à ces enfants.

242. — Les réformateurs retournent aussitôt cette arme contre leurs adversaires en présentant, à leur tour, une nouvelle circulaire du ministre de la justice, en date du 11 mars 1876 (2) et ainsi conçue :

« Monsieur le Procureur Général,

» M. le Ministre de l'Intérieur me fait connaître que le nombre des

---

(1) *Recueil Gillet*, n° 3585.
(2) *Bulletin officiel du ministère de la justice*, année 1876, p. 16.

» enfants acquittés comme ayant agi sans discernemeut et envoyés dans » des maisons de correction, en exécution de l'article 66 du Code pénal, » tend, depuis plusieurs années, à s'accroître dans des proportions très » considérables.

« Par une circulaire du 26 mai 1855, l'un de mes prédécesseurs a » déjà recommandé que, à moins de circonstances graves, des pour- » suites ne soient pas dirigées contre des enfants âgés de moins de seize » ans, lorsqu'ils paraissent avoir agi sans discernement. Les parquets » sont surtout invités à s'abstenir à l'égard des enfants au-dessous de » huit ans, aucune responsabilité légale ne pouvant, sauf dans des cas » exceptionnels, leur être imputée.

« Le nombre des prévenus envoyés dans des maisons de correction » n'a cependant pas cessé d'augmenter : il était, au 31 décembre 1875, » de 10070, chiffre supérieur à celui qui avait motivé les observations » du 26 mai 1855. »

243. — Les termes de cette circulaire semblent bien montrer, dit-on, que les prescriptions ministérielles ne sout pas toujours observées et le scandale redouté peut se produire à chaque instant.

244. — Un autre argument est tiré de l'influence corruptrice que la prison peut exercer sur les enfants et de l'inutilité ou du non sens qu'il y a à infliger une amende aux enfants, puisqu'ils sont généralement dans l'impossibilité de la payer : « Qu'il s'agisse, d'ailleurs, de la prison » ou de l'amende, toute peine correctionnelle proprement dite inflige » à l'enfant la flétrissure perpétuelle du casier judiciaire et compromet » ainsi gravement son avenir » (1). — Or, les dernières statistiques nous démontrent que beaucoup de jeunes enfants sont condamnés journellement à de courtes peines d'emprisonnement (2) :

---

(1) Jean Appleton, op. cit. p. 7.
(2) *Bulletin de la Société des prisons*, 1892, p. 161.

ANNÉES	GARÇONS	FILLES	TOTAL	ACQUITTÉS purement et simplement	REMIS à leurs parents	ENVOYÉS EN CORRECTION (Art. 66 C. P.)		CONDAMNÉS			OBSERVATIONS
						pour un an ou moins	pour plus d'un an	à l'amende	à l'emprisonnement pour un an ou moins	à l'emprisonnement pour plus d'un an	
1881	5.389	918	6.307	456	1.852	504	1.482	992	967	54	(A). — Parmi les 48,908 mineurs de seize ans jugés correctionnellement, de 1881 à 1888, on en compte 1.560 qui l'ont été en vertu de l'article 68 du Code pénal; c'est une moyenne annuelle de 195 et une proportion de 3 p. 100.
1882	5.050	755	5.805	333	1.715	398	1.480	910	943	26	
1883	4.816	762	5.578	437	1.838	294	1.287	1.047	670	5	
1884	5.007	771	5.778	413	1.767	317	1.402	1.068	803	8	
1885	5.009	752	5.761	412	1.874	339	1.213	1.158	736	29	
1886	4.937	659	5.596	450	1.892	379	1.175	952	739	9	
1887	5.781	951	6.732	257	2.454	516	1.236	1.334	834	1	
1888	6.342	1.009	7.351	481	2.481	582	1.372	1.214	861	»	
TOTAUX	42.331	6.577	(A) 48.908	3.239	16.233	3.329	10.747	8.675	6.553	132	
Moyenne annuelle	5.291	822	6.113	405	2.029	416	1 343	1.084	819	17	
Proportion..	87 %	13 %	»	7 %	33 %	7 %	22 %	18 %	13 %	»	

245. — Cette marche ascendante dans le nombre des enfants condamnés à de courtes peines, trouve une explication dans ce fait que beaucoup de magistrats ne veulent absolument pas de la maison de correction; ceux-là, on ne les convaincra jamais; on aura beau leur dire que la maison de correction s'est modifiée, qu'elle est devenue, dans bien des colonies pénitentiaires, une véritable maison d'éducation et de réforme, jamais, de parti pris, ils n'enverront les enfants en correction. Ce groupe, qui tend à diminuer à Paris, existe surtout en province. Or, ce sont les jeunes enfants, surtout, qui pourraient bénéficier d'une éducation réformatrice; en les condamnant, on leur inflige la marque du casier judiciaire, on les voue à la récidive; en les plaçant dans des maisons d'éducation et de correction, suivant le cas, on peut les sauver de la récidive, réformer leur moralité et leur éducation, en un mot, les sauver : « Il n'y a qu'un remède au mal, » dit M. Appleton (1) : « interdire » purement et simplement, par la fixation d'un âge d'irresponsabilité, » l'application aux plus jeunes enfants des peines correctionnelles. Cette » réforme doit être complétée par le perfectionnement des maisons de » correction, et l'adjonction à ces établissements de maisons d'éducation » d'un caractère hospitalier, où les enfants plus facilement réformables » seront placés sous un régime paternel. »

246. — Aux raisons jusqu'ici développées les réformateurs ajoutent encore que, à notre époque, surtout depuis quelques années, l'idée de protection, de bienfaisance, se substitue peu à peu pour l'enfance à l'idée de répression (2). Les tendances générales des législations, appuyées par les vœux de nombreux congrès pénitentiaires, montrent qu'il y a là une voie de réformes et de progrès où la France ne peut refuser de s'engager en restant isolée en Europe.

247. — Les législations étrangères ont laissé de côté la question de discernement, toujours si obscure, et sur laquelle nous reviendrons plus loin; elles se sont préoccupées, surtout, de déterminer les mesures propres à assurer le relèvement de l'enfance coupable; elles ont eu pour

---

(1) Jean Appleton, op. cit., p. 7.
(2) Jean Appleton op. cit, p. 11.

unique but de rechercher si on devait soustraire l'enfant coupable à son milieu, où il puisait les principes de corruption et d'infamie, à qui on devait le confier, à quel régime on devait le soumettre. M. le professeur Prins, exposant le système que la Belgique va inaugurer, résumait ainsi le but que les diverses législations, suivies sur ce point par la Belgique, avaient en vue : « C'est ainsi, » disait-il, « qu'on peut concevoir un système où l'âge de la responsabilité pénale, où la question » de discernement devient tellement accessoire, qu'elle disparaît complètement devant les questions d'ordre social, qui prennent le dessus. »

248. — Il ne s'agit plus, par conséquent, dans cette théorie, de savoir si l'enfant est ou non philosophiquement responsable, mais quelles sont les mesures que la société, dans les limites de son intérêt, a le droit et le devoir de prendre à l'égard des enfants coupables, pour sa protection et la leur : « Au fond, » continue M. Appleton, « la question a changé de face » depuis 1810; la grosse préoccupation du législateur d'aujourd'hui, ce » n'est pas l'examen de la responsabilité du criminel, c'est la lutte » contre la récidive. Avant tout, il faut réduire à son minimum le » nombre des criminels d'habitude, des irréconciliables, qui ne vivent » que du produit de leurs délits et qui auront le temps de faire beaucoup de mal, avant qu'on ait pu les mettre dans l'impossibilité de » nuire. Lorsqu'un jeune enfant, issu d'un milieu où il n'a sous les yeux » que l'exemple du vice, comparaît devant un tribunal correctionnel, il » porte déjà en germe tous les instincts du récidiviste futur. Ces germes, » il faut les arracher, avant qu'ils aient eu le temps de se développer : » il faut faire œuvre préventive, en redressant ces natures qu'une forte » et vigilante éducation peut ramener au bien » (1).

249. — A l'heure actuelle donc, étant donné les préoccupations d'humanité et d'éducation sociale qui inspirent les législateurs, il n'y aurait aucun inconvénient à fixer un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité devrait être considérée comme absolue.

250. — Mais les honorables adversaires du Code pénal ne vont pas jusqu'à dire que l'enfant ne doit pas être traduit en justice tant qu'il n'a

(1) Jean Appleton, op. cit., p. 2.

pas atteint l'âge où la loi le déclare responsable : ils se rendent compte, en effet, qu'on serait alors obligé de livrer les plus jeunes enfants à l'arbitraire et aux lenteurs de l'administration, et leur situation n'en serait certes pas améliorée, car, devant les tribunaux, ils trouvent sans retard une sollicitude vigilante et éclairée.

251. — C'est précisément à ce point de vue que, lors du Congrès d'Anvers de 1894, M. Levoz, substitut du procureur du Roi à Verviers, critiquait le projet de loi sur la protection de l'enfance. L'exposé des motifs de ce projet de loi s'exprimait en effet ainsi : « ..... En l'absence » de toute disposition de ce genre dans le Code pénal, on voit citer à » comparaître devant les tribunaux des enfants de neuf ans, de huit ans » même, évidemment incapables de comprendre la portée de l'acte qu'on » leur reproche et la procédure dont ils sont l'objet. Le résultat de » pareilles comparutions ne peut être que l'acquittement, accompagné » parfois de la mise à la disposition du gouvernement pour un temps » déterminé. Mais, même dans le cas où cette dernière mesure se jus» tifie, il semble inutile de mettre en mouvement tout l'appareil de la » justice répressive, sans autre résultat que d'infliger une flétrissure à » l'enfant irresponsable en lui créant des antécédents judiciaires. »

252. — Eh bien, cette défense est inutile, au point de vue de M. le substitut Levoz. Les magistrats, en effet, s'abstiendront d'envoyer devant les tribunaux les enfants de moins de dix ans, si cette mesure ne s'impose absolument : et ils s'abstiendront plus encore qu'anciennement, puisque les comités de patronage seront préalablement intervenus. Il est des cas, ajoute l'honorable substitut, et nous en avons vu plusieurs exemples, où des poursuites peuvent produire de bons résultats. Il arrive que la mise à la disposition du gouvernement d'enfants de moins de dix ans est nécessaire, l'exposé des motifs le reconnaît. Parfois aussi la comparution des enfants et des parents devant le tribunal peut faire sur eux une profonde impression et empêcher la récidive (1).

253. — Comme nous le voyons, M. Levoz admet la comparution des enfants devant un tribunal correctionnel ; d'autres préféreraient le tri-

(1) Congrès international d'Anvers 1894, 4e question, 1re section, p. 10 et 11.

bunal civil; d'autres, une juridiction plus paternelle encore, analogue au tribunal de tutelle institué en Allemagne. Les avis sont partagés sur ce point. Mais cette juridiction, quelle qu'elle soit, ne pourrait en aucun cas infliger aux mineurs au-dessous de l'âge de responsabilité, ni prison, ni amende; elle ne pourrait leur infliger la marque ineffaçable d'une inscription sur le casier judiciaire; elle ne pourrait leur fournir les éléments de la récidive. Elle ne devrait avoir d'autre droit que de les soumettre à une éducation réformatrice, soit en les faisant interner dans une maison de correction, soit en leur faisant donner, quand ils s'en montreraient dignes, un système d'éducation paternelle.

254. — Passons dans le camp adverse, le camp des *traînards*, comme on dit avec une pointe d'ironie. L'ironie nous laisse impassible; nos adversaires ne l'ont d'ailleurs pas inventée : Socrate l'avait cultivée bien longtemps avant eux.

255. — On veut que, au-dessous d'un certain âge, le mineur soit considéré comme ayant agi sans discernement et, par suite, acquitté. C'est là créer une présomption; or, poser une présomption, c'est, comme on l'a dit quelquefois, pour le législateur opérer un tour de force, puisqu'il tranche d'avance une question de fait. Il ne doit se le permettre que s'il y a nécessité ou grande utilité. Affirmer qu'un enfant au-dessous d'un certain âge, au-dessous de dix ans, par exemple, ne peut être moralement, pénalement responsable de son fait, c'est statuer sur l'inconnu, et nous croyons que notre législateur a bien fait de ne pas se prononcer à cet égard. Il a probablement pensé que, dans la nature même des choses, il y avait une limite qui ne serait jamais franchie par le juge.

256. — Dupin aîné a dit : « L'absurde est une borne à toutes lois! » Il ne peut, en effet, se présenter qu'un petit enfant soit traîné en justice : aucun juge d'instruction, aucun magistrat ne commettra un pareil acte de folie. Mais tout le monde sait qu'on rencontre malheureusement des enfants précoces dans la voie du mal, et qu'un enfant de neuf ans, — nous prenons cet âge parce qu'on s'arrête généralement à la limite de dix ans, — peut témoigner dans sa conduite et ses actions d'une volonté déjà perverse. Admettons que cet enfant, qui commet le mal avec discernement, qui, par conséquent, est coupable, ne reçoive aucun châti-

ment; le public n'aura-t-il pas le droit de manifester sa surprise et son mécontement, dans les cas infiniment rares où le fait se présentera?

257. — Le système de nos adversaires peut d'ailleurs conduire à des situations bizarres. Qu'on imagine un enfant qui a commis un fait dommageable avec discernement : il doit être condamné aux dommages-intérêts, quel qu'en puisse être le montant (1). Eh bien, un enfant riche, qui se sera mis dans ce mauvais cas, sera peut-être privé de toute sa fortune, alors qu'aucune peine ne pourrait lui être infligée.

258. — Il faut, à notre avis, abandonner la décision aux lumières et au bon sens des magistrats. Qu'on demande des garanties ayant une valeur supérieure aux décisions des juges d'instruction, qu'on prenne toutes les précautions possibles, rien de mieux; mais interdire absolument toute poursuite, n'est-ce pas excessif? D'ailleurs, à notre époque, des inquiétudes à cet égard n'ont guère de raison d'être; car, certainement, l'humanité, la prudence, la bonté à l'égard des enfants dominent dans notre société.

259. — La seconde objection que nous formulons est tirée de l'intérêt social, qui exige qu'on se protège contre ceux qui font le mal, quel que soit leur âge. Si un enfant de quatre ou cinq ans est assez précoce pour commettre des crimes, il ne présente pas moins de danger qu'un adulte. On est donc en droit de se garantir contre lui.

260. — Eh bien, dans l'état actuel de la loi et de la Jurisprudence, peut-on dire que la société est absolument désarmée? ne peut-elle pas, tont en se protégeant elle-même, faire une part très large à la pitié qu'on doit à un enfant, chez lequel le sens moral n'a pas atteint son complet développement? Mais qu'on lise donc l'article 66 du Code pénal! On y verra que le tribunal correctionnel n'est pas dutout obligé d'envoyer en correction l'enfant qui comparaît devant lui : il peut le remettre à ses parents. Souvent aussi il le confie à une société particulière ou publique, à *titre officieux*. Il est regrettable que ce placement ne puisse être rendu obligatoire; car, si nous n'admettons pas qu'on fixe une limite d'âge, nous trouvons excellent qu'on fournisse au tribunal la pos-

(1) Nous combattrons plus loin cette jurisprudence



sibilité de placer l'enfant dans un établissement privé ou d'assistance publique, où le jeune délinquant restera obligatoirement, établissement qui sera tout à la fois une sorte de maison de correction mitigée et de préservation sociale (1). Nous avons la conviction, — et cette conviction est fortifiée par les faits dont nous avons été maintes fois le témoin, — que les tribunaux apprécieront humainement, largement, justement, suivant les circonstances, s'il y a lieu de protéger la société contre un enfant très jeune, ou, au contraire, en le remettant à sa famille, de le rendre à la liberté complète. Si l'on a un reproche à faire aux magistrats, c'est plutôt de témoigner aux enfants une bienveillance qui va jusqu'à l'exagération. Faire une loi nouvelle pour enchaîner leur pouvoir d'appréciation, en les obligeant à prononcer l'acquittement, serait adopter à leur égard une mesure de défiance tout à fait injustifiée.

261. — Et puis, ne l'oublions pas, le principe souverain de la responsabilité est aujourd'hui fortement battu en brèche. Sous le couvert d'une prétendue science, on émet tous les jours les théories les plus hardies, qui, si nous n'y prenons pas garde, saperont par la base notre droit pénal tout entier. N'y aurait-il pas un danger réel à introduire dans la loi, sous les formes les plus adoucies et les plus philanthropiques, sous le prétexte séduisant de la pitié qu'on doit à l'enfance, une exception au principe de la responsabilité? A notre point de vue, ce serait un précédent fâcheux, dont on pourrait s'autoriser demain, peut-être, pour créer, à raison du sexe ou de tel ou tel vice de conformation, une nouvelle classe d'irresponsables, en dehors des aliénés. On s'étonnerait d'autant plus d'une mesure comme celle que nous combattons, que c'est précisément par suite de l'initiative de la magistrature que se fondent un peu partout des comités judiciaires pour la défense de l'enfance, et que les garanties les plus larges lui sont assurées par l'envoi des dossiers à la grande instruction.

262. — La loi actuelle, nous le répétons, nous paraît l'expression du

---

(1) Une loi toute récente, des 19-21 avril 1898, permet aujourd'hui aux tribunaux de faire officiellement ce qu'ils faisaient jusqu'ici officieusement. Nous en reparlerons plus loin, page 210. Nous regrettons que les modifications apportées par cette loi n'aient pas été insérées dans l'art. 66.



bon sens. N'est-elle pas, plus que toute autre, favorable à l'enfant? Elle le place, jusqu'à l'âge de seize ans, dans une situation qui fait présumer son irresponsabilité; et, à l'occasion des faits qui lui sont imputés, se pose toujours à son endroit la question de discernement. Qu'importe, dès lors, qu'il ait huit, dix ou quinze ans? la loi le couvre de la même sollicitude maternelle; elle appelle sur lui toute la bienveillance et l'attention du juge. S'il est reconnu qu'il a commis sans discernement l'acte incriminé, une immunité complète lui est assurée : « il sera acquitté, » dit la loi. Dans le cas contraire, il sera condamné ; mais l'article 67 le traite avec une bienveillance toute particulière et bien légitime : d'abord, en effet, la peine qu'on lui inflige est considérablement abaissée; puis il est envoyé, pour la subir, non point dans une prison, mais dans une maison de correction où l'on essaie de le ramener dans la voie du bien par de sages conseils et une éducation appropriée à son âge et à sa condition.

263. — Pourquoi, d'ailleurs, voudrait-on fixer un âge d'irresponsabilité pénale? Parce que les autres peuples ont introduit dans leur Code cette innovation? La raison en elle-même n'est pas bien sérieuse. Elle l'est d'autant moins que les législations qu'on nous cite présentent entre elles une véritable cacophonie. Pourquoi? parce que, en pareille matière, il est impossible, chacun le comprend, de formuler une règle absolue. Ainsi, tel pays du Nord admet la responsabilité à partir de six ou sept ans, alors que, par une étrange anomalie, tel pays du Midi, où la précocité est cependant plus grande, ne l'accepte qu'au-dessus de dix ou douze ans. Ajoutez que la cacophonie qu'on remarque dans l'Europe devrait se reproduire également dans notre France. Un Picard, en effet, ressemble-t-il à un Provençal? un Normand à un Béarnais? un Lorrain à un Gascon? et, en considérant la même latitude, un Breton est-il le sosie d'un Bourguignon ou d'un Parisien?

264. — Enfin, la création d'une classe de jeunes irresponsables, quel que soit l'âge adopté, aurait nécessairement une funeste conséquence. C'est par les vols à l'étalage que débutent les mineurs de seize ans; ils pénètrent ensuite dans les maisons et pratiquent l'effraction, puis ils s'organisent en bandes pour accomplir ces délits. Eh bien, ceux qu'on aura déclarés irresponsables seront toujours choisis pour mener à fin

les vols projetés par leurs aînés; c'est dans cette catégorie qu'on ira recruter les agents d'exécution.

265. — Donc, pour conclure cette longue discussion, nous émettons l'avis que le législateur du Code pénal a bien fait de ne pas fixer une limite au-dessous de laquelle l'enfant devrait être considéré comme irresponsable. Le système adopté par l'article 66 est le seul qui soit conforme à la prudence et au bon sens. L'introduction dans nos lois d'une innovation comme celle qu'on réclame constituerait un recul et non pas un progrès.

266. — Est-ce à dire que tout nous semble parfait dans cet article 66? qu'il n'y ait aucune modification à y apporter? Tel n'est pas notre sentiment. Nous sommes, par exemple, les premiers à souhaiter l'adjonction d'une disposition destinée à régulariser ce qui se pratique officieusement dans nombre de tribunaux, c'est-à-dire, à permettre que l'enfant reconnu comme ayant agi sans discernement, au lieu d'être envoyé dans une maison de correction, soit remis à tel ou tel service d'assistance publique, à tel ou tel établissement de bienfaisance, offrant les garanties nécessaires pour son amendement et son éducation morale (1). Cela peut se faire sans grand trouble, sans atteinte aucune à l'économie de nos finances et sans dépenses pour les départements et les villes. Nous voudrions que cette remise à une institution charitable ou le renvoi en correction pussent être ordonnés par les juges jusqu'à vingt et un ans accomplis. Tout le monde est d'accord pour reconnaitre que de vingt à vingt et un ans les jeunes gens qui, encore mineurs, retombent sous la direction de leurs parents peuvent alors subir une mauvaise impulsion, capable de détruire tout le bien opéré par la maison de correction. On nous dira, peut-être, que la loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, permet de pallier un peu cet inconvénient, en prononçant, en certains cas, contre les parents indignes, la déchéance de la puissance paternelle. Remède illusoire, car alors le jeune libéré restera sans direction aucune : ce qui ne vaut guère mieux!

(1) Ce vœu est aujourd'hui réalisé par la loi des 19-21 avril 1898. Voir plus loin.

267. — Il est encore une réforme à laquelle notre approbation est acquise d'avance. Elle consisterait à faire juger les mineurs sans publicité, en présence seulement des témoins, des parents et des défenseurs, et à les maintenir, pendant la prévention, sous le régime de la séparation individuelle.

268. — Voici, pour donner corps à ces desiderata, le projet de loi que nous serions heureux de voir voter par les Chambres :

« Article unique. — L'article 66 du Code pénal est ainsi modifié :

« Article 66. — Lorsque le prévenu ou l'accusé aura moins de seize » ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté ; mais » il sera, selon les circonstances, ou bien remis à ses parents, ou bien » confié à la garde d'un particulier ou d'une famille honorable, d'une » institution charitable ou de l'assistance publique, ou bien conduit » dans une colonie pénitentiaire pour y être élevé et détenu pendant tel » nombre d'années que le jugement déterminera et qui, toutefois, ne » pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingt et unième » année.

« Les débats auront lieu sans publicité.

« Pendant tout le cours de l'instruction, le mineur devra toujours » être soumis au régime de la séparation individuelle. »

Section II. — **La minorité pénale devrait-elle être reculée jusqu'à dix-huit ans ?**

269. — Cette seconde question divise, elle aussi, depuis longtemps les philosophes et les jurisconsultes.

270. — Déjà, en 1832, lors des discussions que souleva la réforme du Code pénal, un député, M. Teulon, l'avait agitée à la tribune et avait proposé de décider que la question de discernement serait posée jusqu'à l'époque où le mineur a accompli sa dix-huitième année : « La disposi- » tion du Code, » disait-il, « me paraît cent fois plus absurde et plus bar- » bare que la peine de mort elle-même, car elle peut avoir pour effet de » faire appliquer cette peine à un enfant. Le Code pénal, en fixant à » seize ans l'âge auquel est attachée la présomption légale que l'accusé

» a agi avec discernement, me paraît avoir complètement méconnu les » lois qui président au développement de l'intelligence humaine. Il n'est » pas vrai qu'un jeune homme de seize ans ait le bon sens, la maturité, » surtout l'habitude de la réflexion qu'il aura dans un âge plus avancé. » Il n'est pas vrai qu'il ait sur ses passions l'empire qu'il acquerra pro- » bablement sur elles avec quelques années de plus ; et, lors même qu'on » me citerait l'exemple d'individus de cet âge chez qui se seraient ren- » contrés l'instinct qui pousse au crime, les combinaisons qui en cal- » culent l'exécution, la férocité qui étouffe les remords, je répondrai que » la question n'est pas de savoir si toutes les circonstances peuvent se » rencontrer ou même se rencontrent ordinairement chez les criminels » de seize ans, mais au contraire de savoir s'il n'est pas quelques cas, » quelque rares qu'ils puissent être, où les mêmes circonstances ne se » rencontrent pas. Voilà, ce me semble, comment la question doit être » posée. »

271. — Elle a été soulevée à nouveau par M. Bournat, le 12 mars 1870, à l'une des séances de la commission d'enquête sur le régime des établissements pénitentiaires, et, en 1890, au Congrès de Saint-Pétersbourg, M. le professeur Joly l'a traitée avec un grand talent.

272. — C'est donc à seize ans que la loi pénale considèle l'adolescent comme adulte. Mais, ainsi que le fait observer M. Guillot, que de fois cet adulte n'est-il encore qu'un enfant, au point de vue de l'intelligence ! s'il lui échappe une défaillance, on lui appliquera la loi commune, et, par suite, le juge se verra dans l'impossibilité de lui accorder le pardon de sa faute : la condamnation intervenue en fera l'hôte précoce des maisons centrales et des bagnes et l'échafaud lui-même ne s'arrêtera pas devant sa jeunesse.

273. — Au-dessous de seize ans, on est un mineur, c'est-à-dire, un être dont le discernement, présumé beaucoup moindre, peut même s'abaisser jusqu'à faire complètement défaut. La responsabilité n'existe pas de droit, elle doit être constatée en fait par le juge.

274. — Sans doute, vient un moment où l'homme, sortant de la minorité, entre dans la période de l'entière responsabilité.

« Mais, seize ans, n'est-ce pas trop tôt pour tous ces malheureux qui » sont gâtés plutôt qu'ils ne sont mûrs, qui ont été élevés dans ces

» ténèbres où les notions du juste et de l'injuste ne leur apparaissent
» que comme des ombres indécises, et où ne pénétrait aucune lumière
» venant de l'éducation?

« L'âge de dix-huit ans, au contraire, ne marque-t-il pas une période
» importante dans la capacité légale de l'adolescent?

« C'est à ce moment seulement qu'il peut être émancipé, que les lois
» sur le travail cessent de le protéger et lui laissent la pleine disposition
» de lui-même et qu'il peut entrer dans l'armée. N'est-ce pas une con-
» tradiction injuste de dire qu'à seize ans l'homme est tellement déve-
» loppé qu'il n'est plus temps de le soumettre à une éducation réformatrice
» et qu'il n'y a plus qu'à le livrer à la prison des adultes, et de le consi-
» dérer, d'autre part, comme si peu en possession de toutes ses forces
» morales et physiques que, jusqu'à dix-huit ans, la loi lui impose toutes
» sortes d'interdictions protectrices et qu'il n'entre qu'à vingt et un ans
» dans sa pleine capacité légale? » (1).

275. — La décision prise par le Code pénal a subi maintes fois l'assaut des critiques que ne lui ont ménagées ni les jurisconsultes, ni les législateurs, et dont nous avons vu M. Teulon se faire une première fois l'interprète en 1832. L'important, dit-on, n'est pas de voir si le développement de l'instinct criminel et de la perversité se rencontrent d'habitude chez les criminels de seize ans, mais de savoir s'il n'y a pas de cas où ils ne se rencontrent pas : or, pour un certain nombre de mineurs, il est évident que la loi suppose un développement complet et présume, par suite, une responsabilité qu'ils sont bien loin de posséder.

Voilà pourquoi beaucoup d'esprits distingués ont demandé depuis longtemps et demandent toujours qu'une loi nouvelle vienne porter de seize à dix-huit ans le point de départ de la majorité pénale.

276. — Que l'on songe, disent-ils, aux crises du développement physique et intellectuel, aux impressions et aux émotions premières de la jeunesse, aux troubles d'imagination qui s'éveillent, aux élans brusques de tempérament, aux passions que peuvent ignorer ceux mêmes qui les subissent. Que l'on suppute les événements et les causes mul-

---

(1) Guillot, *Paris qui souffre*, p. 330.

tiples qui agissent sur l'enfance et dont elle est le jouet, les actes dont l'importance et la nature même échappent à leurs auteurs. Que l'on recherche les influences qu'exerce le milieu sur les êtres débiles qui s'y meuvent, celle de l'hérédité ou de l'éducation, celle des exemples et des conseils reçus, des excitations et des perversités qui abondent surtout dans les grands centres de population et dont le danger est si grand partout où la vigilance des parents et tuteurs reste insuffisante. On comprendra combien est complexe et grave le problème intéressant les âges et périodes de la vie où l'enfant, le jeune homme et la jeune fille sont à considérer selon les cas, soit comme des êtres irresponsables, qu'il s'agit tout simplement de soigner, de guérir et d'élever; soit comme des individus déjà conscients, mais dont la responsabilité est encore incertaine et vacillante; soit, enfin, comme de véritables criminels et délinquants dont la précocité peut être due en partie à des causes dont ils n'étaient pas maîtres, mais dont les méfaits sont assez conscients pour réclamer une punition véritable.

277. — C'est faire le bien que combattre le mal. Punir des enfants, les corriger, c'est travailler à les amender, à faire des hommes. Les nécessités de bon ordre dans le présent ne peuvent, à l'égard de la jeunesse, être séparées des idées d'avenir. Tout système de répression se lie, pour ce qui la concerne, aux systèmes d'éducation. Le magistrat qui apprécie et qui juge doit garder une part des sentiments d'un père pour ceux qui sont encore des enfants, si dégradés qu'on les suppose; son devoir le plus strict est d'agir toujours envers des enfants comme si leur perte ne pouvait être fatale, comme si la somme de mal pouvait toujours diminuer en eux et la somme de bien s'accroître toujours. De semblables malades nul ne doit désespérer.

278. — C'est précisément pour qu'on puisse réformer en eux ce qui n'est pas irrémédiablement vicieux que les mineurs sont envoyés par la loi dans des maisons de correction, qui devraient être surtout des maisons d'éducation. Mais, quand sonnera pour eux l'heure où, sortant de ces établissements, ils seront rendus à la liberté, il est à craindre que les excellents résultats obtenus par l'éducation ne soient promptement étouffés et anéantis par les influences mauvaises qui les entoureront de tous côtés. Si le mineur pouvait, à sa sortie des établissements d'éduca-

tion, devancer l'appel de la classe et s'engager, il trouverait, pense-t-on, dans la discipline militaire, de grandes chances d'amélioration.

279. — Malheureusement se dresse contre cette louable prétention la loi du 15 juillet 1889, dont l'article 59 porte : « Tout Français, ou natu-
» ralisé Français, comme il est dit aux articles 11 et 12 de la présente
» loi, ainsi que les jeunes gens qui doivent être inscrits sur les tableaux
» de recensement, ou qui sont autorisés par les lois à servir dans l'ar-
» mée française, et les jeunes gens nés en pays étranger d'un Français
» qui aurait perdu la qualité de Français, peuvent être admis à contrac-
» ter un engagement volontaire dans l'armée active, aux conditions
» suivantes : ..... 3° n'avoir jamais été condamné pour vol, escroquerie,
» abus de confiance, attentat aux mœurs et n'avoir subi aucune des
» peines prévues par l'article 5 de la présente loi, à moins qu'il ne
» veuille contracter son engagement pour un bataillon d'infanterie légère
» d'Afrique. »

280. — L'article 5, auquel fait allusion l'article 59, considérant que le service dans l'armée est un honneur, a créé un certain nombre de cas d'exclusion, et ordonne d'envoyer dans les bataillons d'infanterie légère d'Afrique, outre les individus reconnus coupables de crimes et condamnés seulement à l'emprisonnement par application de l'article 463 du Code pénal, ceux qui ont été condamnés correctionnellement à trois mois de prison au moins pour outrage public à la pudeur, vol, escroquerie, abus de confiance ou attentat aux mœurs ou qui ont été l'objet de deux condamnations au moins, quelle qu'en ait été la durée, pour l'un de ces délits. Au surplus, voici le texte de l'article :

« Les individus reconnus coupables de crimes et condamnés seule-
» ment à l'emprisonnement par application de l'article 463 du Code
» pénal;

« Ceux qui ont été condamnés correctionnellement à trois mois de
» prison au moins pour outrage public à la pudeur, pour délit de vol,
» escroquerie, abus de confiance ou attentat aux mœurs, prévu par l'ar-
» ticle 334 du Code pénal;

« Ceux qui ont été l'objet de deux condamnations au moins, quelle qu'en
» soit la durée, pour l'un des délits spécifiés dans le paragraphe précédent,
» sont incorporés dans les bataillons d'infanterie légère d'Afrique. »

281. — Ainsi donc, les dispositions sévères de cette loi privent nombre de jeunes condamnés des chances de réhabilitation qu'ils pourraient trouver dans l'accomplissement de leur service militaire. C'est là précisément que puisent leur principal argument ceux qui veulent réformer la minorité pénale. Et certains d'ajouter :

Les quelques semaines qu'un jeune condamné aura passées en prison, presque inoccupé, car il est difficile de donner un travail intéressant et productif à ceux qui ne font que passer, n'auront pas servi à son amendement. S'assoupissant, en quelque sorte, dans une vie toute matérielle, trouvant sa nourriture, sinon succulente, au moins toute prête, couchant dans un lit meilleur que les bancs des promenades, il sortira avec une volonté amoindrie et une dignité avilie; ces quelques semaines ne l'auront ni moralisé, ni intimidé; elles ne lui auront inspiré ni le dégoût de l'inconduite, ni l'effroi de la punition, ses réflexions pouvant l'amener tout simplement à cette conclusion que, en somme, le régime de la prison n'a rien de bien dur et qu'on y peut revenir sans crainte.

282. — N'est-ce pas, d'ailleurs, le sort qui l'attend trop souvent? La vie honnête lui sera devenue plus difficile; les mauvais sujets qu'il connaissait avant son arrestation vont avoir bien plus de prise sur lui; si, pour se placer, il a besoin de montrer son casier, on le renverra; s'il veut s'engager, ou s'il est appelé au service, sa condamnation va encore se dresser contre lui; on lui répondra :

« L'armée, où tout parle de l'honneur, où nos fils sont obligés de ser-
» vir, n'est pas faite pour vous; nous ne voulons pas de votre contact;
» il n'y a que les bataillons de disciplinaires qui puissent vous recevoir,
» et c'est là que vous serez incorporé; vous y retrouverez vos compa-
» gnons habituels, ceux qui, comme vous, ont porté l'uniforme de la
» prison. »

283. — Sans doute, ces bataillons ont eu des pages glorieuses; il s'y est rencontré plus d'une fois des héros, d'admirables soldats, qui, sur les champs de bataille, ont noblement racheté les fautes qu'ils avaient commises; ceux qui les voyaient au feu ne voyaient plus en eux des flétris et les saluaient comme des braves qui, n'ayant pas su bien vivre, savaient au moins bien mourir.

Mais la guerre, — heureusement pour l'humanité! — ne sévit pas continuellement; on n'a pas tous les jours des occasions de monter de la situation dégradée du malfaiteur dans la phalange des héros, d'effacer, par un beau dévouement et le baptême du sang, les taches qui souillent un passé peu recommandable. Il y a, tout au contraire, dans ces garnisons lointaines, de longues heures d'oisiveté, par suite, un danger moral incessant pour celui qui, possédé de la ferme volonté de se relever, avait jeté un regard d'espérance vers l'état militaire et les devoirs qu'il comporte; au lieu de trouver un milieu qui lui permette de se faire une vie nouvelle, il rencontre encore les néfastes camaraderies dont l'influence l'avait entraîné au mal!

284. — Et, puisque nous parlons de la loi du 15 juillet 1889, signalons au passage la bizarre contradiction qui existe entre les deux articles 5 et 59 ci-dessus transcrits.

Un jeune homme de dix-sept ans, par exemple, condamné pour vol à une peine inférieure à trois mois de prison, ne pourra pas s'engager dans un régiment de France; mais arrivé à vingt et un ans, il sera incorporé avec sa classe dans les conditions normales. Nous sommes là dans le domaine de l'incompréhensible. Ainsi donc, cet homme qu'on refuse à dix-huit ans, on l'acceptera, quand aura sonné sa vingtième année, si, du moins, il n'a pas encouru de condamnation nouvelle, alors qu'il aura eu dans l'intervalle toutes les chances de se pervertir complètement!... Comme on retrouve bien, dans les détails de ce genre, l'incohérence qui préside dans les parlements à la confection des lois!

285. — Cette contradiction est reproduite, d'ailleurs, de la loi du 27 juillet 1872, sur le recrutement de l'armée. Cette loi commençait par poser en principe, dans son article 7, que « sont exclus du service mili-
» taire et ne peuvent à aucun titre servir dans l'armée : — 1° Les indi-
» vidus qui ont été condamnés à une peine afflictive ou infamante; —
» 2° Ceux qui, ayant été condamnés à une peine correctionnelle de deux
» ans d'emprisonnement et au-dessus, ont, en outre, été placés par le
» jugement de condamnation sous la surveillance de la haute police et
» interdits, en tout ou en partie, des droits civiques, civils ou de
» famille. »

Et, dans son article 46, parlant des engagements, elle disait : « Tout

» Français peut être autorisé à contracter un engagement volontaire
» aux conditions suivantes : ..... 6° Être porteur d'un certificat de
» bonne vie et mœurs, délivré par le maire de la commune de son der-
» nier domicile... Le certificat... doit... attester qu'il n'a jamais été con-
» damné à une peine correctionnelle pour vol, escroquerie, abus de
» confiance ou attentat aux mœurs... »

286. — Ainsi donc, à condition de ne pas encourir de condamnation à deux ans de prison, le jeune homme dont on n'avait pas voulu à l'âge de dix-huit ans, parce qu'il avait subi une peine correctionnelle minime à l'occasion des délits ci-dessus spécifiés, entrait, au moment de l'appel de sa classe, dans les rangs de l'armée régulière.

287. — Toutefois, cette différence, dans la loi de 1872, pouvait s'expliquer : tout le monde n'était pas soldat. En repoussant l'engagé, on pouvait espérer l'éloigner définitivement de l'armée.

Il n'en est plus de même avec la loi de 1889. Tout le monde étant aujourd'hui tenu au service, ces mêmes jeunes gens, qu'on refuse ainsi à dix-huit ans, devront être acceptés dans les conditions ordinaires deux ans après.

288. — D'ailleurs, la loi de 1872 était moins rigoureuse que ne l'est celle de 1889 : elle n'attachait l'exclusion de l'armée qu'à des condamnations de nature particulièrement grave ; autrement, les condamnés étaient admis à servir dans les conditions ordinaires. Persévéraient-ils dans le bien, l'œuvre de leur relèvement moral n'était pas interrompue ; dans le cas contraire, ils se heurtaient à leurs chefs dont le pouvoir disciplinaire faisait un sage contrepoids à la bienveillance de la loi. Les chefs militaires, en effet, auxquels étaient signalés les antécédents de leurs hommes, exerçaient sur les suspects une surveillance très active, et, à la première incartade, les envoyaient en Afrique. Tandis qu'aujourd'hui, avec la loi de 1889, les rangs de l'armée régulière, sont impitoyablement fermés à tout homme qui a eu le malheur d'encourir trois mois de prison pour outrage public à la pudeur, vol, escroquerie, abus de confiance, attentat aux mœurs. C'est vers l'Afrique qu'on le dirige. Signalons, par acquis de conscience, un correctif dans l'article 5, *in fine :* « Après un
» séjour d'une année dans ces bataillons, les hommes désignés au pré-
» sent article, qui seraient l'objet de rapports favorables de leurs chefs,

» pourront être envoyés dans d'autres corps par le ministre de la » guerre. » — Si l'on recherchait combien de fois ce texte a reçu son application dans la pratique ? !...

289. — Nous voilà donc fixés sur les dispositions de la loi du 15 juillet 1889. Pour peu que nous réfléchissions, nous comprendrons maintenant sans difficulté le raisonnement de ceux qui veulent réformer le Code pénal. Il est très simple.

En reculant à dix-huit ans la limite de la minorité pénale, on permettra aux magistrats, au lieu de condamner le mineur à la prison, de l'envoyer dans les maisons de correction ; et, dans ces conditions, l'engagement militaire pourra succéder à la discipline correctionnelle. Au moment de sa libération, le mineur verra s'ouvrir devant lui plusieurs voies : ou bien il s'engagera, ou bien il essaiera de se faire une situation dans les douanes, les compagnies de chemins de fer, ou autres administrations, dont l'entrée lui sera facilitée par la production d'un certificat de bonne conduite et d'un extrait pour néant du casier judiciaire.

290. — Le résultat le plus clair du système actuel, c'est que le mineur, après avoir subi dans la prison une première flétrissure, va consommer sa perte dans les bataillons d'Afrique, grâce aux mauvais exemples dont il sera journellement le témoin ; de plus, quand il sera libéré, eût-il mérité et obtenu un certificat de bonne conduite, le fait seul d'avoir servi dans un corps recruté de condamnés sera comme une tare qui, toute sa vie s'attachant à ses pas, lui causera peut être un préjudice incalculable. S'il postule un emploi, il se heurte à toutes sortes de difficultés. Presque partout l'extrait du casier judiciaire, dont la production est exigée, fait obstacle à son admission, ou entrave son avancement. L'unique et peut être très légère condamnation qu'il a encourue le voue, pour quelques temps du moins, à une existence misérable et périlleuse.

291. — Donc le système actuel engendre un état de choses regrettable. La loi du 26 mars 1891 aurait pu, ce semble, y porter quelque remède, quelque adoucissement ; mais, contre l'attente et la pensée certaine de celui qui l'a inspirée (1), et dont le nom lui a été si justement

(1) M. Bérenger.

donné, le condamné qui en a bénéficié se trouvait, jusqu'à ces derniers temps, sur le même pied que celui auquel elle a été refusée.

292. — Aux termes de l'article 2, alinéa 2, de cette loi : « Elle (la » suspension de la peine) ne comprend pas non plus les peines acces- » soires et les incapacités résultant de la condamnation. » Après avoir consulté M. le Garde des Sceaux sur l'interprétation dont ce texte est susceptible, M. le Ministre de la Guerre avait asssimilé à une incapacité les dispositions des articles 5 et 59 de la loi du 15 juillet 1889, dispositions qui interdisent aux condamnés y énumérés de servir autrement que dans les bataillons d'Afrique. Voici, d'ailleurs, un extrait de la séance du Sénat du 12 avril 1893 (*Journal Officiel* du 13 avril 1893) reproduisant la réponse faite à ce sujet par M. de Freycinet, à l'honorable M. Bérenger, incidemment à la discussion du projet de loi portant organisation de l'armée coloniale :

« M. LE MINISTRE DE LA GUERRE. — Messieurs, je n'ai pas l'intention » de discuter incidemment une question aussi grave que celle qu'a sou- » levée l'honorable M. Bérenger; mais je tiens à rappeler en deux mots » les motifs de la fin de non recevoir qui lui a été opposée.

« Il nous a, en effet, demandé d'incorporer dans les conditions ordi- » naires, c'est-à-dire, dans les corps de troupes, indistinctement avec » tous les jeunes gens de la classe, les hommes qui ont été l'objet d'une » condamnation, mais dont la peine est suspendue conditionnellement.

« Nous avons été guidés par une double considération. Je ferai » remarquer que, en ce qui concerne les personnes auxquelles l'hono- » rable M. Bérenger fait allusion, il a dit qu'elles avaient été condamnées » conditionnellement. Or, c'est la peine qui est conditionnelle ; mais la » condamnation est parfaitement réelle.

« VOIX NOMBREUSES. — C'est cela!

« M. BÉRENGER. — La condamnation est effacée au bout de cinq ans » de bonne conduite. (*Dénégations*).

« M. LE MINISTRE DE LA GUERRE. — C'est l'effacement qui est condi- » tionnel au bout de cinq ans, mais la condamnation n'en est pas moins » réelle jusqu'à ce terme.

« Avant de consulter mon collègue, M. le Garde des Sceaux, je me » suis inspiré d'opinions qui se manifestaient autour de moi avec une

» grande netteté. J'ai rencontré, en effet, dans tous les rangs de l'armée,
» une vive répugnance à admettre sur le pied d'égalité dans la famille
» militaire des hommes qui auraient antérieurement commis certains
» actes et qui auraient été condamnés pour ces faits.

« M. le colonel Meinadier. — Très bien !

« M. le Ministre de la Guerre. — Certaines personnes, et l'hono-
» rable M. Bérenger est du nombre, estiment qu'il y a là une exagéra-
» tion de sentiment; mais ce scrupule de délicatesse existe *(Très bien!*
» *Très bien!)*, et le Ministre de la Guerre doit, plus que personne, en
» tenir compte. *(Nouvelle approbation sur un grand nombre de bancs).*
» C'est sous l'empire de ce sentiment que j'ai consulté M. le Garde des
» Sceaux, et sa réponse n'a fait que le fortifier par une considération
» d'ordre juridique.

« M. le Ministre de la Justice estime que cette sorte d'incapacité dont
» j'ai parlé, suit l'homme qui a été condamné, — peut être le mot inca-
» pacité n'est-il pas exact dans l'espèce, mais il s'explique par analogie,
» — de même que vous refusez à ces condamnés l'exercice de leurs
» droits civiques et électoraux, nous pensons qu'ils sont atteints dans
» leurs droits militaires et qu'ils ne peuvent pas figurer dans les rangs
» de l'armée au même titre et à côté des autres jeunes gens. *(Très bien!*
» *Très bien!).*

« Mais le sentiment qui m'a surtout guidé est celui auquel j'ai fait
» allusion tout à l'heure, c'est-à-dire, un scrupule de délicatesse et
» d'honneur militaires. Avant de résoudre la question en sens contraire,
» je crois qu'il faudrait y réfléchir mûrement : c'est pourquoi je prie le
» Sénat de ne pas se prononcer incidemment sur une motion de cette
» importance. » *(Approbation sur un grand nombre de bancs).*

293. — Ainsi donc, la clémence dont faisait preuve le juge envers le jeune prévenu, en lui accordant le bénéfice de la loi Bérenger, n'avait qu'un résultat immédiat : lui éviter la promiscuité de la prison; mais elle ne pouvait l'arracher aux bataillons d'Afrique dont le milieu est aussi néfaste que celui de la prison.

294. — Et nombreux sont les mineurs qui se trouvent dans cette situation malheureuse. Notre statistique judiciaire, qui n'a pas prévu la question actuelle, n'a pas, il est vrai, donné de tableaux séparés pour

les prévenus ou les accusés de seize à dix-huit ans. Mais nous pouvons nous renseigner d'une manière approximative et suffisante, en consultant les colonnes qui comprennent les prévenus de seize à vingt et un ans.

L'année 1887 avait vu condamner à l'emprisonnement 14,537 mineurs de cet âge. L'année 1891 en a vu condamner 17,345. De la première à la dernière année de cette période, l'ascension a été continue et régulière, avec cette seule exception, que l'année 1889, année d'exposition universelle, année, par conséquent, d'excitation et de plaisir, a vu le chiffre le plus élevé : 17,402. Encore une fois, nous ne savons pas exactement quelle est la part précise des adolescents de seize à dix-huit ans, mais nous avons tout lieu d'être convaincu qu'ils concourent à ces totaux proportionnellement, ou à peu près, à l'importance de leur nombre dans l'ensemble total des mineurs de seize à vingt et un ans.

295. — En dépit du poids et de la valeur des considérations que nous venons d'analyser, quelque grande que soit l'autorité de ceux qui les ont formulées, nous estimons que le législateur a bien agi en fixant à seize ans l'âge de la majorité pénale, et qu'il n'y a pas lieu de réformer sur ce point l'article 66. Parler de discernement, quand il s'agit d'enfants qui, sans être fous, ni idiots, ne sont cependant que des enfants, rien de mieux ; le développement de l'enfance est si complexe et soumis à tant d'influences diverses que, le non discernement ne fût-il qu'une fiction, cette fiction serait utile et légitime. Mais il y a une limite à tout, et vraiment, avec les progrès modernes, ne semble t-il pas étonnant, voire même choquant, de se demander si un mineur qui a passé l'âge de seize ans, possède réellement le discernement de ses actes.

296. — Il existe, en effet, aujourd'hui un fait indéniable : c'est le développement de plus en plus précoce des facultés sociales de la jeunesse. Cette constatation n'a pas été faite seulement en France ; le même phénomène a été vérifié aux États-Unis et en Europe, dans toutes les contrées où, depuis quarante ans environ, une sorte de défaveur s'attache à l'agriculture, sous prétexte qu'elle ne serait pas suffisamment rénumunératrice.

« On ne saurait le contester, » dit l'honorable M. Darbot (1), « l'in-

(1) *Journal Officiel* du 28 mars 1893. Séance du 27 mars 1893, discours de M. Darbot

» dustrie du sol traverse une crise qui remonte déjà loin et ne paraît
» pas près de finir. Et, quand on pense au rôle considérable qu'elle
» remplit dans les activités, dans les labeurs de toute nature, à la quan-
» tité de main d'œuvre qu'elle emploie, à la nature, à la variété, à l'im-
» portance des produits qu'elle livre sur le marché, on est bien obligé
» de reconnaître que, de sa prospérité ou de sa décadence, dépend la
» prospérité ou la décadence du pays. . . . .

« La population agricole baisse d'une année à l'autre, au point que,
» de 54 °/₀ qu'elle était de la population totale, il y a trente ans, elle
» est tombée de nos jours à 37. De fait, nos campagnes se dépeuplent ; la
» plupart de nos villages ont perdu progressivement un cinquième, un
» quart et même un tiers de leurs habitants, et, au total, deux millions
» des leurs les ont abandonnés et se sont réfugiés dans les villes pour y
» disputer le travail de l'ouvrier de l'industrie.

« Par suite de cette émigration, la surface des terres incultes a aug-
» menté, la valeur de la propriété foncière a baissé, dit-on, d'au-moins
» vingt-cinq milliards, et l'abondance de la main d'œuvre dans l'usine
» y a amené un excès de production qui elle-même, par la force des
» choses, a produit l'abaissement des salaires, le chomage et la grève ! »

297. — Les campagnes sont donc délaissées par une partie des générations nouvelles que séduit et captive l'attrait de la ville. Là, l'existence est plus animée et semble plus agréable ; le travail y reçoit une rétribution beaucoup plus large et l'aisance que certains se sont acquise éveille l'envie et les appétits de presque tous. Là, se sont relâchés, par suite de la décadence de l'apprentissage, les liens qui maintenaient jadis l'adolescent. Là encore, se sont multipliés presque à l'infini les petits métiers faciles, vite appris, vite lucratifs. Or, l'argent trop rapidement acquis profite rarement. L'épargne est le fruit du labeur.

298. — Dans le nouveau monde, comme dans l'ancien, les mêmes causes ont engendré les mêmes effets. Partout le développement des milieux urbains au détriment des campagnes et surtout la diffusion de l'enseignement primaire, ont hâté la précocité de l'enfant et l'ont engagé ou, plutôt, précipité dans la voie du mal. Les criminels les plus nombreux et les plus dangereux se rencontrent, depuis quelques années, parmi les jeunes gens. Cette précocité constitue une des marques carac-

téristiques et l'un des traits les plus douloureux de notre temps. La rue est le théâtre où les jeunes malfaiteurs font leur stage et débutent dans la pratique du crime; ils y arrivent, d'ailleurs, de plus en plus jeunes. Aujourd'hui le vice cynique n'attend pas le nombre des années, à tel point qu'on rencontre des gamins de quatorze à quinze ans vivant de la prostitution des filles publiques (1).

299. — Eh bien, est-il admissible qu'on fournisse au magistrat la possibilité d'exempter de tout châtiment des souteneurs de dix-sept ans, alors même que, se contentant de simples vols, ils ne sont pas encore allés jusqu'à l'assassinat? Mais ce serait une prime à l'audace des malfaiteurs, ce serait un défi jeté à l'opinion publique et, en France particulièrement, ce serait soulever les protestations indignées des honnêtes gens.

300. — On nous répondra que nous avons tort de généraliser un phénomène qui n'est encore qu'une exception, même dans les départements où il se manifeste le plus largement. Sans doute, cet exode vers les grandes villes est tout à fait regrettable; mais, enfin, les campagnes ne ressemblent pas encore à des déserts; très considérable est le nombre des enfants qui naissent et grandissent loin des villes et des centres miniers et industriels. Or, ces derniers, soustraits aux influences pernicieuses au sein desquelles s'agitent leurs petits camarades des grandes villes, conservent d'habitude les défauts propres à leur âge : l'imprévoyance, la crédulité, le manque de réflexion. Quelques-uns même ne s'en dépouillent qu'à la longue. En tout cas, si les mineurs, quels qu'ils soient, urbains ou ruraux, ont communément à seize ans l'intelligence de leurs actes, ils n'ont qu'un discernement proportionné à la faiblesse de leur âge. Si la lucidité de leur esprit leur permet de comprendre le crime, elle ne peut en calculer les suites et les périls. Leur perversité n'est pas doublée de l'expérience de la vie.

301. — Très bien! mais les auteurs de cette réponse n'oublient qu'un détail : c'est que la combinaison de l'article 463 du Code pénal et de la loi du 26 mars 1891 permet aujourd'hui de tenir un compte exact de

---

(1) Enquête de 1881, déposition du Préfet de police.

toutes ces considérations et de ne frapper le délinquant qu'en proportion de sa culpabilité. D'ailleurs, ainsi que nous le disions plus haut, on rencontre chez les adolescents de seize à dix-huit ans un grand nombre de criminels souvent récidivistes : il ne faut pas enlever à la société les armes qu'elle peut avoir contre eux. Que ferait-on de ces mineurs de seize à dix-huit ans acquittés comme ayant agi sans discernement? « Nous les ferions entrer dans des maisons de correction, » répondent les partisans de la réforme; mais immédiatement se présentent de graves objections.

302. — Pourquoi envoyer dans des maisons de correction ces enfants de plus de seize ans? parce qu'ils n'y subiront pas le contact démoralisant de la prison? Ce serait là une bien mauvaise combinaison :

« Souvent la peur d'un mal nous conduit dans un pire! »

Sans doute, les enfants n'auront pas le contact de la prison; mais cette influence néfaste qu'on leur veut éviter, ils l'exerceront en retour sur les enfants qu'ils viennent y rejoindre et que bientôt ils contamineront. Si l'on redoute pour eux la promiscuité des prisons, il faut, pour les amender, recourir à l'emprisonnement cellulaire. On nous dira, peut-être, qu'il y a bien dans les maisons de correction des adolescents de dix-huit ans : nous n'en disconvenons pas; mais ces adolescents y sont entrés fort jeunes; la connaissance qu'ils avaient de la longue durée de leur détention les a rendus plus dociles : l'éducation et l'habitude ont fait le reste.

303. — Plus un enfant arrive jeune dans une maison de correction, moins l'œuvre de son redressement moral présente de difficultés; quand on y reçoit des enfants de quinze à seize ans, nés et grandis au sein des grandes villes, il est rare qu'ils ne soient pas déjà profondément pervertis et les essais de régénération se heurtent à une corruption et une paresse invétérées. Déjà, à cet âge, ils sont flétris au moral. Souvent ils ont fait partie de bandes de jeunes malfaiteurs et sont au courant des divers genres de vols. En un mot, ils arrivent avec un degré d'avancement dans l'immoralité et dans le mal, qui les rend non seulement peu susceptibles d'amendement, mais qui constitue, en outre, un danger pour

leurs camarades sur lesquels ils exercent, le plus souvent, une influence de nature à compromettre les résultats que l'on peut obtenir par l'éducation correctionnelle. — Que serait-ce avec des enfants au-dessus de seize ans?... On ne peut obtenir un résultat sérieux que si le séjour dans la maison est suffisamment prolongé, à cause du temps perdu à l'arrivée et surtout aux approches de la libération où l'enfant ne songe plus qu'à la liberté qu'on va lui rendre. Le profit retiré par les adolescents de seize à dix-huit ans serait donc bien incertain; en tout cas, il ne compenserait pas le mal fait par eux aux autres enfants, si bien qu'il nous paraîtrait indispensable, comme conséquence directe du recul de la minorité légale jusqu'à l'engagement, de créer des établissements d'éducation correctionnelle où seraient envoyés spécialement les mineurs de quinze à dix-huit ans.

304. — En faveur du maintien du *statu quo*, nous ajouterons encore qu'il y a lieu de ne pas aggraver la contradiction existant entre le Code pénal et le Code Civil.

Aux termes de l'article 477 du Code civil, le mineur parvenu à l'âge de quinze ans révolus peut être émancipé par son père, ou, à défaut du père, par sa mère. A seize ans, il peut donner par testament la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904 du C. civ.) Ainsi, celui-là même que la loi civile estime notamment capable de passer des baux dont la durée n'excédera pas neuf ans, de recevoir ses revenus, d'en donner décharge et de faire tous les actes n'étant que de pure administration (art. 481 du C. civ.), est présumé par la loi pénale n'avoir pas la connaissance nécessaire à l'appréciation de ce qui est licite ou défendu! N'y a-t-il pas là une anomalie bien singulière?

305. — Toutefois, si nous croyons que l'âge de seize ans doit être conservé, ainsi que l'a décidé la Commission extra parlementaire de la revision du Code pénal, nous reconnaissons le bien fondé des objections que soulève l'incorporation de certains mineurs dans les bataillons d'Afrique, quoique, pourtant, ces inconvénients sont considérablement atténués, depuis qu'une loi du 1er mai 1897 a mis en harmonie la loi militaire avec la loi du 26 mars 1891. Ainsi qu'on va le voir, ce résultat n'a été que difficilement obtenu : c'est à la persévérante initiative de M. Bérenger qu'est due cette heureuse innovation.

306. — En effet, nous avons déjà mentionné une tentative en ce sens, faite le 12 avril 1893. Mais il y en a eu d'autres. Le 1er juillet 1892, le Sénat discutait en première délibération une proposition de loi, adoptée par la Chambre des députés, et qui, réformant l'avant-dernier alinéa de l'article 59 de la loi sur le recrutement, devait permettre aux engagés volontaires de bénéficier des dispositions de l'article 23; l'honorable M. Bérenger, profitant de l'occasion, dans un magnifique discours digne à tous égards de sa grande intelligence et de son grand cœur, et qui est à lire par tous ceux qui s'intéressent à ces questions de minorité, M. Bérenger, disons-nous, proposa au Sénat la modification des articles 5, 48 et 59 de la même loi du 15 juillet 1889 : « Il s'agit, » disait-il, « d'améliorer » la condition que la loi sur le recrutement fait à toute une catégorie de » jeunes soldats. La question n'est pas délicate en elle-même; c'est une » question de justice et de préservation sociale, encore plus que d'hu- » manité; mais elle le devient, à cause des préventions, souvent justi- » fiées malheureusement, qui se rencontrent dans un grand nombre » d'esprits contre les individus dont je veux vous entretenir.

« Ce sont, en effet, des malheureux qui, en général, ont peu d'amis, » dont on ne s'occupe guère qu'avec une certaine indifférence, parfois » avec dédain, et dont il faut cependant que l'on s'occupe, si on veut » résoudre enfin, dans la mesure du possible, cette grosse question de » la reproduction toujours croissante de la récidive.

« Je veux parler des jeunes gens qui, avant l'âge du service militaire, » ont eu le malheur d'avoir encouru dans leur vie une condamnation. » Si cette condamnation a été grave, si elle a été répétée, ils méritent, » sauf exception, peu d'intérêt; mais, si elle a été légère et unique, on » ne peut oublier qu'ils n'ont pas atteint vingt et un ans, que leur faute » a peut-être été une faute de légèreté ou d'entraînement, qu'elle a, » d'ailleurs, pu être rachetée, depuis qu'elle a été subie, qu'ils ne méritent » pas, par conséquent, d'être traités comme des criminels dangereux.

« Or, la législation qui résulte de la loi de 1889 est, sans distinction, » très rigoureuse à leur égard. Elle crée, pour tous ceux d'entre eux » qui ne sont pas irrémédiablement perdus, la situation la plus inaccep- » table et les expose, malgré tous les efforts qu'ils ont pu faire pour se » relever, à se voir presque fatalement ramenés aux conditions les plus

» propres à les rejeter dans le désordre, par l'impossibilité de se créer
» une existence honnête..... »

307. — Et, continuant à développer sa pensée, l'orateur prétend, avec beaucoup de raison, que, maintenir ces dispositions de la loi de 1889, c'est se mettre en contradiction flagrante avec tous les efforts que fait la législation civile pour détourner de la récidive le condamné susceptible d'être relevé, et, en particulier, l'enfant.

308. — La législation civile, en effet, a, depuis quelques années, fait beaucoup dans ce sens. A l'étranger, comme chez nous, toutes les lois sont combinées, à l'heure actuelle, pour chercher à ressaisir le condamné en qui peuvent subsister encore de bons sentiments. Le meilleur moyen qu'on en trouve est de le séparer des éléments mauvais qui l'ont perdu et peuvent encore le corrompre.

La loi de 1875, sur le régime cellulaire, quel a été son but? Mais uniquement celui-là.

« Et la loi que vous avez faite récemment, » continue l'orateur, « cette
» loi de 1891, aujourd'hui si largement appliquée, qui permet au juge,
» après avoir prononcé la peine, de dispenser l'individu de subir le con-
» tact de la prison..... : quel a été son but? Si elle est bonne, et je crois
» qu'elle l'est, son but n'a-t-il pas été, avant tout, d'isoler l'homme qui
» a été accidentellement coupable de condamnés de profession qui
» achèveraient de le perdre? . . . .

« Il y a deux cas qui appellent l'un et l'autre une modification spé-
» ciale de la loi. Pour le conscrit qui arrive avec sa classe au corps, tout
» en respectant la disposition, pourtant bien rigoureuse, qui le condamne
» à servir, au-delà d'une certaine durée de la peine subie, au bataillon
» d'Afrique, je demande simplement qu'il puisse, par une décision spé-
» ciale du Ministre de la Guerre, rendue après enquête sur sa conduite,
» être relevé de cette humiliation. . . . .

« Le second se rattache plus directement encore à la proposition qui
» vous est aujourd'hui soumise et que vous venez de voter. Cette seconde
» partie, en effet, est relative à l'article 59 et aux conditions mêmes de
» l'engagement volontaire que vous venez de modifier. Ici je demande
» tout simplement que les conditions du service militaire soient les
» mêmes pour l'engagé volontaire ayant subi certaines condamnations

» que pour le jeune soldat qui arrive au corps appelé par la loi avec sa » classe. »

309. — Ainsi s'exprimait M. Bérenger; son amendement, qui avait rallié les signatures de MM. Jules Simon, Léopold Thézard, Eugène Gouin, fut converti par le Sénat en projet de loi, sur un rapport de M. Bardoux, au nom de la Commission de l'armée, les 13 et 21 juillet 1893. Ce projet était ainsi conçu :

« *Article unique.* — Les articles 5, 48, 59 de la loi du 15 juillet 1889 » sont modifiés ainsi qu'il suit :

« Article 5. — Les individus reconnus coupables... sont incorporés » dans les bataillons d'infanterie légère d'Afrique.

« Toutefois, sur la proposition du préfet, et après enquête, l'autorité » militaire pourra affecter à d'autres corps ceux de ces jeunes gens dont » la conduite, depuis leur sortie de prison, aura été reconnue satisfai- » sante. »

310. — Le projet ajoutait à l'article 5 un alinéa ainsi conçu : « D'une » manière générale, les hommes qui ont été condamnés pour les faits visés » à l'article 5, mais auxquels il aurait été fait application de la loi du » 26 mars 1891, ne doivent pas être considérés comme condamnés, tant » que leur peine aura été suspendue. »

« Article 48. — Les dispositions des deux derniers paragraphes seront » appliquées aux hommes qui, après avoir quitté l'armée active, ont » encouru les condamnations spécifiées à l'article 5.

« Toutefois, ces derniers ne seront affectés aux bataillons d'infanterie » légère d'Afrique qu'un an après leur sortie de prison, et par une déci- » sion du Ministre de la Guerre, rendue sur la proposition du préfet, » après enquête sur leur conduite depuis ce moment.

« Les périodes d'exercice auxquelles ils pourraient être astreints, au » cours de l'année qui suit leur sortie de prison, ne seront accomplies » qu'après qu'il aura été statué sur leur affectation comme hommes de » la disponibilité, de la réserve de l'armée active ou de l'armée terri- » toriale. »

« Article 59. — L'engagé volontaire doit : 1° .....; 2° .....; 3° n'avoir » jamais été condanné pour vol, escroquerie, abus de confiance, attentat » aux mœurs et n'avoir subi aucune des peines prévues par l'article 5

» de la présente loi; à moins qu'il ne veuille contracter son engagement » pour un bataillon d'infanterie légère d'Afrique, ou qu'il ne justifie » d'une décision prise par le Ministre de la Guerre, après enquête sur » sa conduite depuis sa sortie de prison. La demande de l'intéressé » sera transmise par le préfet qui y joindra son avis motivé. L'engage- » ment ne sera reçu que pour cinq ans dans tout corps autre que les » bataillons d'infanterie légère d'Afrique. »

311. — Sur ce projet, M. Léopold Thézard fit quelques observations :

« La modification votée à l'article 5 est conçue dans les termes que » voici :

« *D'une manière générale, les hommes qui ont été condamnés pour les » faits visés à l'article 5, mais auxquels il aurait été fait application de » la loi du 26 mars 1891, ne doivent pas être considérés comme condam- » nés, tant que leur peine aura été suspendue.*

« Ces mots — *d'une manière générale*, — qui sont en tête de cette » disposition, semblent indiquer que cette règle nouvelle régit, non pas » seulement la disposition même de l'article 5, mais toutes les autres » dispositions de la loi modifiée, et notamment celle de l'article 59. En » conséquence, j'entendrais cet article 59 sur l'engagement volontaire, en » ce sens, que les jeunes gens condamnés pour n'importe quel délit, mais » dont la peine aurait été suspendue, à raison de circonstances favora- » blement appréciées par les tribunaux, en vertu de la loi du 26 mars » 1891, auraient le droit de s'engager, sauf, bien entendu, approbation » de M. le Ministre de la Guerre. L'article 59 ne comprendrait ainsi dans » ses exclusions et dans ses limitations que ceux qui auraient été con- » damnés purement et simplement, sans application de cette loi.

« Il résulterait de cette interprétation, qui, pour moi, résulte textuel- » lement de l'addition que vous avez faite à l'article 5, que les jeunes » gens qui ont eu le bénéfice de la loi Bérenger, quelles que soient les » causes et l'étendue de leur condamnation, peuvent s'engager purement » et simplement, même pour moins de cinq ans, même sans une enquête » faite par le préfet.

« J'avoue que j'aurais accepté, *à priori*, une disposition moins large; » j'aurais parfaitement admis que ces jeunes gens, même condamnés

» avec application de la loi de suspension des peines, dès lors que les » délits auraient eu en eux-mêmes une certaine gravité, fussent soumis » à une enquête du préfet et qu'ils ne pussent s'engager que pour cinq » ans.

« Mais, l'interprétation plus favorable qu'autorise le texte de la Com- » mission est, en réalité, sans danger; car, du moment où tous les enga- » gements sont subordonnés à l'appréciation de l'autorité militaire, il » appartiendra à celle-ci de faire l'application de ces règles, de n'ad- » mettre les engagements qu'en connaissance de cause et pour la durée » qu'elle croira devoir fixer. Seulement, ce qu'il faut bien préciser et ce » qui me paraît très utile à dire, sauf à y revenir en deuxième déli- » bération (et sur ce point je m'en remets à la commission, qui pourra » donner au texte tous les développements nécessaires), c'est que la loi » autorisera les engagements volontaires dans l'armée, même ailleurs » que dans les bataillons d'Afrique, pour les jeunes gens condamnés » pour n'importe quelle cause, dès lors qu'ils auront obtenu le bénéfice » de la loi Bérenger; mais en même temps, et comme correctif néces- » saire, demeureront réservées dans tous les cas, l'appréciation et l'ap- » probation de M. le Ministre de la Guerre, qui pourra toujours refuser » l'engagement, ou en fixer les conditions, si, malgré l'application faite » par les tribunaux de cette loi de faveur, l'intéressé ne lui paraît pas » absolument digne de sa bienveillance. »

312. — Pour donner satisfaction aux observations de M. Thézard, la Commission modifia le projet primitif et soumit au Sénat, dans la séance du 21 juillet 1893, la rédaction que voici :

Article unique. — Les articles 5, 48 et 59 de la loi du 15 juillet 1889 » sont modifiés ainsi qu'il suit :

« Article 5. — Sont incorporés dans les bataillons d'infanterie légère » d'Afrique :

« Les individus reconnus coupables de crimes et condamnés seule- » ment à l'emprisonnement par application de l'article 463 du Code » pénal;

« Ceux qui ont été condamnés correctionnellement à trois mois » d'emprisonnement au moins, pour outrage public à la pudeur, pour » délit de vol, escroquerie, abus de confiance ou attentat aux mœurs,

» prévu par l'article 334 du Code pénal, à moins que leur peine n'ait été
» suspendue par application de la loi du 26 mars 1891 ;

« Ceux qui ont été l'objet de deux condamnations au moins, quelle » qu'en soit la durée, pour l'un des délits spécifiés dans le paragraphe » précédent.

« Toutefois, sur la proposition du préfet, et après enquête, l'autorité » militaire pourra affecter à d'autres corps ceux de ces jeunes gens dont » la conduite, depuis leur sortie de prison, aura été reconnue satisfai- » sante » *(Le reste de l'article sans changement).*

« Article 48. — Les dispositions des deux derniers paragraphes seront » appliquées aux hommes qui, après avoir quitté l'armée active, ont » encouru les condamnations spécifiées à l'article 5.

« Toutefois, ces derniers ne seront affectés aux bataillons d'infan- » terie légère d'Afrique qu'un an après leur sortie de prison, et par une » décision du Ministre de la Guerre, rendue sur la proposition du préfet, » après enquête sur leur conduite depuis ce moment.

« Les périodes d'exercice auxquelles ils pourraient être astreints, au » cours de l'année qui suit leur sortie de prison, ne seront accomplies » qu'après qu'il aura été statué sur leur affectation comme hommes de » la disponibilité, de la réserve de l'armée active ou de l'armée terri- » toriale. »

« Article 59. — L'engagé volontaire doit : 1° .....; 2° .....; 3° n'avoir » jamais été condamné pour vol, escroquerie, abus de confiance, attentat » aux mœurs et n'avoir subi aucune des peines prévues par l'article 5 de » la présente loi, à moins qu'il ne veuille contracter son engagement » pour un bataillon d'infanterie légère d'Afrique ou qu'il ne justifie d'une » décision prise par le Ministre de la Guerre, après enquête sur sa con- » duite depuis sa sortie de prison. La demande de l'intéressé sera trans- » mise par le préfet qui y joindra son avis motivé. L'engagement ne » sera reçu que pour cinq ans dans tout corps autre que les bataillons » d'infanterie légère d'Afrique.

« Les mêmes dispositions sont applicables aux individus visés au » troisième paragraphe de l'article 5, dans le cas où leur peine aurait » été suspendue par application de la loi du 26 mars 1891. »

318. — Il ne nous paraît pas que, en réformant le texte du projet, la

Commission l'eût amélioré : au contraire ! Avec la rédaction nouvelle, en effet, l'application de la loi Bérenger ne devait profiter qu'aux individus mentionnés en l'alinéa 3 de l'article 5, c'est-à-dire, aux individus condamnés à une peine correctionnelle de trois mois d'emprisonnement et au-dessus, et qui arrivent au còrps avec la classe. Pour les engagés volontaires l'application de la loi Bérenger eût été de nul effet : elle ne leur évitait pas par elle-même les bataillons d'Afrique ; l'engagement dans un corps ordinaire ne leur était ouvert qu'en vertu d'une décision du Ministre de la Guerre. L'eussent-ils souvent obtenue ?

314. — Quant au dernier alinéa de l'article 59, il était d'une obscurité compacte. « Les individus visés au troisième paragraphe de l'article 5 » sont, comme nous venons de le dire, les jeunes gens condamnés à une peine correctionnelle de trois mois d'emprisonnement et au-dessus, et qui arrivent au corps avec la classe : or, quelles peuvent bien être les « dispositions » qui leur « sont applicables ? »

315. — Ce nouveau texte répondait-il aux observations de l'honorable M. Thézard ? traduisait-il surtout le sentiment profondément humanitaire auquel avait obéi M. Bérenger, en demandant au Sénat la modification des articles susvisés ?

316. — Quoi qu'il en soit, transmis à la Chambre des députés, ce projet de loi fut renvoyé à la Commission de l'armée, dont le rapporteur, général Riu, déposa son rapport le 11 juillet 1894. Le rapporteur était hostile au projet ; il estimait que la disposition de l'article 5 suffisait : « Après un séjour d'un an dans les bataillons d'Afrique, les hommes » qui seraient l'objet de rapports favorables de leurs chefs pourront être » renvoyés dans d'autres corps par le Ministre de la Guerre. » Mais nous savons que, dans la pratique, cette disposition est à peu près lettre morte.

317. — Le Conseil général de la Seine, dans sa séance du 20 mai 1895, adopta un vœu présenté par M. Clairin et demandant que le projet de loi voté par le Sénat, les 17 et 21 juillet 1893, soit mis dans le plus bref délai à l'ordre du jour de la Chambre des députés et voté par elle dans son intégralité.

318. — Cette réforme, si souvent demandée par M. Bérenger, a été enfin réalisée par la loi des 1er-4 mai 1897, *modifiant, en faveur des hommes*

auxquels il aura été fait application de la loi du 26 *mars* 1891, *les articles* 5, 48 *et* 59 *de la loi du* 15 *juillet* 1889 *sur le recrutement de l'armée.* Elle est due à l'initiative de M. Paul Dussaussoy, qui déposa une proposition en ce sens sur le bureau de la Chambre, dans sa séance du 18 juin 1896. Votée sans discussion par la Chambre, le 2 avril 1897, transmise au Sénat le 3 avril, elle fut définitivement adoptée, le 8 du même mois, sur un rapport favorable de M. de Verninac.

819. — L'unique article qui la compose est ainsi formulé : « L'article » 5 et les trois derniers paragraphes de l'article 48 de la loi du 15 juillet » 1889 ne s'appliquent pas aux hommes qui auront bénéficié de la loi » du 26 mars 1891.

« Les conditions prescrites aux paragraphes 3° et 4° de l'article 59 » de la loi du 15 juillet 1889 ne sont pas exigées des hommes ayant » bénéficié de la loi du 26 mars 1891, qui contracteront des engagements » volontaires de quatre ou cinq ans.

« En cas d'inconduite grave durant leur présence sous les drapeaux, » ces hommes pourront, sur la proposition de leur chef de corps et par » décision ministérielle, être envoyés aux bataillons d'infanterie légère » d'Afrique, ou, en temps de paix, à des compagnies spécialement dési- » gnées, pour accomplir leurs périodes d'exercices.

« Les inscrits visés au paragraphe 2 de l'article 7 de la loi du 24 » décembre 1896 bénéficient des dispositions du présent article et » peuvent également, en cas d'inconduite grave, recevoir, par décision » ministérielle, une destination disciplinaire dans les mêmes conditions » que les hommes du recrutement. »

« Cette loi a pour but, » lisons-nous dans le rapport de M. de Verninac, « de faire disparaître l'espèce d'antinomie qui existe entre les dis- » positions si humaines et si bienfaisantes de la loi de sursis et les pres- » criptions rigoureuses de la loi du 15 juillet 1889. . . . .

« Je n'ai pas à insister, ici, sur les considérations d'ordre si élevé » sur lesquelles repose la loi Bérenger et qui en font, à mon avis, l'une » des plus belles réformes introduites dans notre législation pénale. Il » me suffira de rappeler que l'une des principales a été ce désir si géné- » reux, mais en même temps si sage, de ramener au sentiment du devoir, » par la menace de la peine qui reste suspendue sur sa tête, celui qui,

» après une première faute, est encore susceptible de relèvement, en le » soustrayant à la promiscuité délétère de la prison. N'est-il pas évident » que l'envoi de ce condamné sous condition dans un corps de troupe » en grande partie composé de repris de justice va directement contre » l'esprit, sinon contre la lettre, de la loi de 1891? Car le contact démo- » ralisant qu'elle a voulu épargner au condamné conditionnel l'est cer- » tainement, bien qu'à un degré moindre, à la caserne comme à la pri- » son, et, d'autre part, la tache résultant de la condamnation portée sur » le casier judiciaire, que la loi Bérenger a voulu effacer de plein droit, » au bout de cinq ans d'une conduite sans reproche, ne sera-t-elle pas » remplacée par la flétrissure indélébile portée sur le livret individuel » du soldat qui aura servi dans les *zéphyrs?...*

« La proposition qui vous est soumise vise aussi le cas de l'engage- » ment volontaire (§ 2). Aux termes de l'article 59 de la loi du 15 juillet » 1889, la faculté de contracter un engagement volontaire est considérée » comme une faveur réservée à ceux qui n'ont jamais encouru de con- » damnations. La logique rigoureuse aurait conduit à affranchir com- » plètement de ces dispositions les condamnés ayant bénéficié de la loi » Bérenger. Toutefois, les auteurs de la proposition ont pensé que, le » nombre des engagements de trois ans autorisés chaque année étant » extrêmement limité, il fallait réserver cette faveur aux jeunes gens » dont la conduite a toujours été irréprochable et n'admettre les con- » damnés conditionnels qu'à contracter des engagements de quatre ou » cinq ans. »

320. — Cette loi a été complétée par deux circulaires ministérielles : l'une du 23 juin 1897 *(Bulletin officiel du Ministère de la guerre*, 97, part. règlem., p.880), l'autre du 29 juillet 1897 *(Journal Officiel* du 30 juillet).

321. — Il est une autre mesure qui, sans rien bouleverser dans notre législation, pourrait produire de bons effets:

Les bataillons d'Afrique, dispersés dans tout le Sud de l'Algérie et de la Tunisie (le Kreider, Laghouat, le Keftales, Batna), fournissent de nombreux détachements. L'autorité militaire pourrait, peut-être, faire un choix et réunir dans certaines compagnies ceux qui, n'ayant pas été jugés dignes de servir en France, ne sont pas cependant absolument réfractaires à toute idée de redressement. On éviterait ainsi de mauvais

exemples et des fréquentations pernicieuses. Ceux qui se conduiraient mal seraient renvoyés au bataillon, de même que ceux du bataillon qui se conduiraient mieux seraient renvoyés dans les compagnies spéciales.

322. — En 1892, le Comité de défense des enfants traduits en justice émettait le vœu « que M. le Ministre de la Guerre étudie s'il n'y a pas » moyen d'affecter dans les bataillons d'infanterie légère d'Afrique des » compagnies spéciales aux mineurs désignés dans l'article 5, qui ont été » condamnés avant l'âge de seize ans, que ces compagnies soient sépa- » rées des autres compagnies du bataillon, comme résidence, et que l'in- » corporation dans ces compagnies n'ait jamais lieu qu'après une enquête » favorable. »

323. — Des considérations d'ordre militaire ont fait repousser jusqu'à ce jour les efforts des sociétés de patronage, qui, désireuses de chercher le salut de l'adolescent dans la discipline militaire, auraient voulu, au moins, atténuer l'absolutisme de la loi, en donnant au Ministre de la Guerre le droit d'accorder des dispenses aux sujets les plus méritants.

324. — Ainsi, nous pensons qu'il faut bien se garder de reculer à dix-huit ans l'âge de la majorité pénale : la réforme à réaliser, d'après nous, consiste à permettre à l'autorité militaire, dans certains cas, de recevoir les engagements dans les corps de troupe réguliers et faire dans les bataillons d'Afrique certaines catégories.

325. — Néanmoins, nous devons reconnaître que beaucoup de criminalistes, en présence de la fâcheuse influence de la prison sur les jeunes condamnés, proposent de reporter la majorité pénale à l'âge de dix-huit ans : « Ce ne sont pas les théoriciens, » fait observer M. Guillot, « qui » ont formulé ce vœu présenté pour la première fois en 1832, à l'oc- » casion de la réforme du Code pénal. Ce sont, au contraire, les hommes » pratiques, dont les opinions se sont formées au contact des faits, et » qui ont constaté par l'observation journalière combien sont terribles » les conséquences résultant d'une condamnation prononcée au début » de la vie, à l'occasion d'un fait souvent bien minime : ce fait consti- » tuant un délit, les juges sont bien obligés de le punir de la prison, » pour obéir à la loi, mais ils regrettent en même temps qu'une autre » solution ne soit pas à leur disposition.

« C'est ainsi que, dans les travaux d'une Commission qui, en mars » 1870, s'occupa du régime des établissements pénitentiaires et dont les » intéressantes délibérations furent arrêtées par les évènements de Sep- » tembre, la thèse du recul de la majorité fut soutenue par tous les » hommes mêlés à la pratique, soit comme magistrats, soit comme » administrateurs ou directeurs de patronages, et. à son tour, le rapport » de la grande enquête de 1875 sur le régime pénitentiaire se rattachait » à cette opinion. »

326. — Au Congrès de Saint-Pétersbourg, M. Albert Rivière, secrétaire général de la Société des prisons, émettait une proposition dans le même sens.

327. — Au Congrès d'Anvers de 1894, M. Flandin, vice-président du Tribunal de la Seine, chargé du rapport sur la quatrième question de la première section, avait demandé l'adoption de quatre propositions dont la troisième était ainsi conçue : « Dans les pays où la majorité pénale » commence à l'âge de seize ans, il serait utile de reculer à l'âge de dix- » huit ans le point de départ de cette majorité. » Il est vrai que le Congrès d'Avers de 1894 n'a formulé aucun vœu à ce sujet.

328. — Mais, depuis, la proposition a été reprise et accueillie favorablement : la quatrième section du Congrès pénitentiaire international, réuni à Paris en Juillet 1895, avait à étudier le question suivante :

Question I. — En ce qui concerne les jeunes garçons, ne convient-il pas de reculer la limite de la minorité pénale jusqu'à l'âge de l'engagement militaire? (Il faut entendre par minorité pénale la période pendant laquelle le juge peut prononcer l'acquittement pour manque de discernement, sauf envoi dans un établissement d'éducation correctionnelle).

Sur cette question, la quatrième section du Congrès a émis le vœu suivant :

« Il convient de fixer la limite de la minorité pénale à l'âge de dix- » huit ans, à condition que les enfants envoyés dans une maison d'édu- » cation correctionnelle après l'âge de seize ans ne seront pas confondus » avec les autres. »

329. — Mais il est à croire qu'une imposante minorité avait dû s'opposer à l'adoption de ce vœu; car, sur les neuf congressistes chargés de présenter des rapports au sujet de cette question, cinq se déclarèrent

pour la négative : MM. Cluze (France), Drill (Angleterre), Joly (France), Mullot et Nassoy (France); deux n'exprimèrent pas une opinion bien catégorique : MM. Ferreira-Deusdado (Portugal) et Mauchamp (France); deux, enfin, admirent l'affirmative : MM. Lefuel (France) et Lizzini (Italie).

« En se plaçant au point de vue exclusif de l'amendement à obtenir » pour les pupilles dans les établissements d'éducation correctionnelle, » je ne pense pas, » dit M. Ph. Cluze, « qu'il y ait lieu de reculer la » limite de la majorité pénale jusqu'à l'âge de l'engagement militaire. »

330. — M. Drill, résumant son substantiel rapport, énonce douze propositions, dont la première est ainsi conçue : « *Jusqu'à l'âge de seize* » *ans révolus*, il ne saurait être question de responsabilité pénale, au » sens propre du mot : elle doit être remplacée par l'éducation forcée.

331. — M. Ferreira-Deusdado rapporte, en la faisant sienne, l'opinion du directeur des *Ateliers de Saint-Joseph* d'Oporto : « La limite » d'âge ne doit pas dépasser seize ans. Le discernement existe avant cet » âge, bien que le délinquant n'ait reçu aucune éducation, et ce serait » une absurdité que de reculer la limite d'âge jusqu'au moment où le » jeune homme est appelé au service militaire. »

332. — M. Henri Joly combat la question pour des raisons de principe et pour des raisons d'application et de pratique.

333. — *Au point de vue des principes :* les adolescents, en effet, sont de plus en plus précoces; « ils vont en plus grand nombre à l'école. » qu'on a déclarée obligatoire et qu'on a mise à la portée de tous; ils » entrent plus tôt dans les rangs des travailleurs rémunérés; bref, ils » prennent plus vite part aux avantages, aux plaisirs, aux habitudes » bonnes ou mauvaises de la société adulte. Si un adolescent de plus de » seize ans n'a pas le discernement de ce qu'il fait, c'est qu'il a décidé- » ment une tare physiologique et qu'il y a lieu, s'il est dangereux, de » l'enfermer dans un asile, sur l'attestation régulière des médecins. Mais » déclarer qu'un adolescent de dix-sept ans est normal, qu'il n'est point » malade d'esprit et que, cependant, il manque du discernement du bien » et du mal, c'est là, je crois, une contradiction difficile à soutenir. Elle » est difficile à soutenir pour la société en général, qui s'est chargée, non » seulement de l'instruction ordinaire, mais de l'instruction morale et

» civique des enfants et qui tient leur éducation primaire pour ter-
» minée bien avant seize ans. Elle est difficile à soutenir pour la justice
» dont toutes les décisions doivent être rationnelles et sans détours. »

334. — *Au point de vue pratique :* on gâtera, en effet, les maisons de correction par des mélanges dont elles ne peuvent pas ne pas souffrir; le peu de durée de la détention pour les prévenus de seize à dix-huit ans empêchera toute réforme sérieuse.

335. — Ecoutons M. Mullot : « Autant j'ai la ferme conviction », dit-il, « qu'il n'est pas bon de frapper d'une condamnation le mineur de seize
» ans, à tout le moins le mineur simplement délinquant, et que la seule
» mesure rationnelle à prendre à son égard est l'envoi en correction de
» longue durée, autant je serais hésitant à admettre la prolongation de
» la minorité pénale. »

336. — « En France, » continue M. Nassoy, « la minorité pénale cesse
» pour le jeune garçon qui a plus de seize ans. Serait-il désirable que
» cette minorité fût reculée jusqu'à l'âge de l'engagement militaire? Nous
» ne le croyons pas : ceux, en effet, qui, pendant de longues années, se
» sont consacrés à l'éducation des pupilles de nos colonies deviennent
» malgré eux fort sceptiques pour l'irresponsabilité déclarée des jeunes
» garçons, lorsqu'ils ont atteint seulement l'âge de quatorze ans... » (1)

337. — Donc, si les efforts de la majorité des jurisconsultes semblent combinés pour faire reporter la majorité pénale à l'âge où les engagements militaires peuvent être contractés, c'est-à-dire, à l'âge de dix-huit ans, des hommes considérables s'opposent à ce qu'on modifie le *statu quo*. En nous rangeant à l'avis de ces derniers, nous nous croyons en bonne compagnie; nous le répétons, cette réforme ne nous paraît pas nécessaire; elle est même inutile depuis que le projet de loi déposé par M. Bérenger en 1893 a été repris et voté. Et puis, soyons plus vigilants, plus humains *pour les enfants de moins de seize ans :* alors, *pour les enfants de seize à dix-huit ans*, le problème deviendra moins aigu. Les mesures individuelles de clémence suffiront aux cas exceptionnels, sans

---

(1) V Congrès pénitentiaire international (Paris, 1895) : Rapports de la quatrième section, p. 7 à 48.

qu'il soit nécessaire d'introduire dans nos lois un principe au moins très douteux.

338. — Les limites vraies de la pleine responsabilité sont impossibles à établir. Il est certain cependant que, en fixant des conditions et un âge, la loi exerce sur les imaginations et sur les croyances une action positive.

Les gens qni se savent « excusables » d'après le Code, se tiennent tous pour « excusés » d'avance ; et ils comptent tous sur un acquittement qui, d'ailleurs, leur fait de moins en moins défaut.

Reculer sans raison évidente et sans nécessité pressante l'âge de la responsabilité légale, c'est reculer l'époque où l'adolescent est prévenu qu'il doit compter sur les justes exigences de la société et se surveiller en conséquence. C'est lui donner encore une sorte de répit dont malheureusement, à l'heure présente, il n'est que trop porté à abuser.

Section III. — Ne faudrait-il pas que, de seize à vingt et un ans, les peines fussent adoucies ?

339. — Mais, nous dira-t-on, admettons qu'on ne doive pas reculer à dix-huit ans la limite de la majorité pénale : n'y aurait-il pas lieu, au moins, d'adoucir, à l'égard des malfaiteurs qui ont plus de seize ans et moins de vingt et un ans, les rigueurs de la pénalité ordinaire ?

340. — On a fait valoir, en faveur de l'affirmative, des considérations d'un ordre très élevé, puisées beaucoup plus, nous le craignons, dans les tranquilles méditations du cabinet et un sentimentalisme louable que dans la pratique des affaires criminelles.

341. — D'abord, dit-on, un grand nombre de législations étrangères ont adopté une période intermédiaire entre l'âge où le délinquant est considéré comme responsable de ses actes et l'âge de la majorité civile. Elles abaissent dans une certaine mesure, pendant cette période, le niveau habituel des peines.

342. — Et puis, à seize ans, la culpabilité est-elle complète ? Peut-on faire arriver dès lors cette imputabilité, qui est certaine, avec ses conséquences les plus graves, avec toutes les rigueurs de la loi pénale

ordinaire, contre une personne dont la raison n'est pas jugée suffisante pour discerner régulièrement les intérêts? N'y aurait-il pas en cela contradiction et injustice? Cette raison n'est pas complète et toute développée, puisque la capacité civile ne lui est pas même reconnue : comment la culpabilité serait-elle pleine et entière? Bien que la notion du juste domine dans le discernement du délit social, celle de l'utile y est aussi mêlée essentiellement : attendez donc, pour marquer le niveau commun, la plus haute aptitude de culpabilité, que l'une et l'autre de ces notions soient perçues entièrement et exactement par la raison humaine.

343. — D'ailleurs, le législateur semble avoir reconnu lui-même que l'âge de seize ans ne peut former une majorité absolue en matière criminelle et que le principe du Code ne répond pas à tous les besoins de la justice. C'est ainsi que, dans la loi du 27 mai 1885, article 6, il dispense de la relégation les jeunes gens qui n'ont pas atteint vingt et un ans à l'expiration de leur peine.

344. — Dans la loi du 15 avril 1898, *portant modification du décret-loi disciplinaire et pénal du 24 mars 1852, concernant la marine marchande*, on trouve des dispositions analogues : l'article 65 du décret-loi, modifié par la loi nouvelle, qui punit la désertion dans un port de France de la peine de quinze jours à six mois d'emprisonnement, réduit le maximum à deux mois, en faveur des « *déserteurs âgés de moins de vingt et un ans*; » — l'article 66, qui prononce contre la désertion dans un port étranger, la peine d'un mois à un an de prison, abaisse également à trois mois le maximum de cette peine, en faveur des « *déserteurs âgés de moins de vingt et un ans.* »

345. — Le Code lui-même ne punit le ravisseur âgé de moins de vingt et un ans que de la peine de deux à cinq ans d'emprisonnement, au lieu de la peine des travaux forcés à temps qu'il inflige au ravisseur plus âgé.

De même, l'ancien article 22 dispensait de l'exposition publique les condamnés mineurs de dix-huit ans.

346. — Mais, pourquoi ces seules exceptions? N'y aurait-il pas les mêmes motifs de les étendre à la peine de mort et peut-être même encore aux peines perpétuelles? « Si la peine de mort, » dit M. Haus, « est » encore une triste nécessité, du moins elle doit être restreinte à un

» très petit nombre de cas. La vivacité des passions qui animent la jeu-
» nesse, l'absence, à cet âge, d'une perversité endurcie, la certitude de
» parvenir à l'amendement de l'accusé, tout commande à la société d'user
» d'indulgence envers de pareils coupables et de ne pas les envoyer au
» supplice. La peine de mort, exécutée sur des individus de cet âge,
» serait un acte affligeant pour l'humanité et qui n'aurait jamais l'assen-
» timent de la conscience publique : *Miseratio aetatis ad militorem poenam*
» *judicium producere debet*. On objectera, peut-être, le système des cir-
» constances atténuantes et l'exercice du droit de grâce. Mais, si l'on doit
» convenir que, dans aucun cas, la peine de mort ne doit être appliquée
» à de jeunes criminels au-dessous de l'âge indiqué, pourquoi la loi ne
» le déclarerait-elle pas formellement? »

Les mêmes raisons pourraient encore être alléguées à l'égard des peines perpétuelles appliquées à des mineurs de dix-huit et même de vingt et un ans : car, d'une part, la jeunesse du coupable atténue nécessairement sa faute, et, d'un autre côté, cette jeunesse elle-même ne fait qu'aggraver la mesure d'une peine qui saisit le coupable à son entrée dans la vie et le suit jusqu'au tombeau.

347. — Un autre motif vient militer encore pour une atténuation : c'est l'inégalité d'une peine perpétuelle appliquée à la fois à un mineur de dix-huit ans et à ses complices plus âgés.

Ce dernier motif est énergiquement développé dans les *Pensées d'un prisonnier*, livre I, chapitre 7 : *des Peines perpétuelles* : « Un crime a été commis et deux misérables y ont pris part : quelle peine leur allez-vous infliger? Une peine égale n'est-ce pas? C'est fort bien! Cependant, l'un des deux a conçu, résolu, préparé, suggéré le crime, l'autre y a seulement aidé : n'y faites-vous pas de différence?

— Non, la loi n'en fait pas : le complice du crime sera puni comme son auteur!

— C'est fort bien! Et cette peine égale, enfin, quelle est-elle? Les galères à perpétuité?

— A perpétuité!

— Pour l'un et pour l'autre?

— Pour l'un et pour l'autre!

— Attendu que la peine doit être égale, n'est-il pas vrai?

— Oui, parce que la peine doit être égale!

— C'est fort bien! Mais s'ils sont d'âges inégaux?...

— Je ne puis rien à cela!

— L'un n'a que vingt ans, l'autre en a soixante...

— Je ne puis rien à cela!

— Et celui qui en a soixante est l'instigateur du crime...

— Je ne puis rien à cela!

— Et l'instigateur du crime est incomparablement plus coupable que le jeune insensé dont il a séduit et égaré l'inexpérience...

— Je ne puis rien à cela!

— Vous n'y pouvez rien, juste Dieu! Mais le plus coupable, qui va mourir tout à l'heure, n'aura que quelques jours de galères et le moins coupable, qui n'est qu'au commencement de sa vie, en aura de vos galères durant cinquante ans! Et voilà ce que vous appelez des peines égales! Et voilà pour quelle égalité merveilleuse vous condamnez uniformément à perpétuité! »

348. — Toutes ces raisons ne sont pas capables d'opérer notre conversion et, sur ce point, comme sur les deux précédents, nos préférences sont pour le système du Code pénal.

349. — Le premier argument, tiré de l'exemple des nations étrangères n'en est pas un, tant qu'on ne nous aura pas démontré que, en agissant ainsi, les nations étrangères ont réalisé un progrès. Bien au contraire, une modification du Code pénal dans le sens demandé constituerait, à nos yeux, un véritable danger social. Sans doute, il est facile d'écrire de belles phrases sur l'inexpérience, l'ardeur et l'emportement de la jeunesse, sur la pitié qu'on lui doit; il est facile de faire appel aux sentiments d'humanité. Mais le législateur ne doit pas s'appuyer uniquement sur des considérations semblables : c'est à l'observation des faits qu'il doit particulièrement s'astreindre. Or, les faits ont une douloureuse éloquence; les statistiques criminelles nous révèlent que les malfaiteurs les plus nombreux et les plus dangereux, se rencontrent dans la période qui va de seize à vingt-cinq ans. On nous dit qu'il faut faire une part à la jeunesse pour l'emportement avec lequel elle conçoit ses projets, pour la légèreté avec laquelle elle les exécute; on nous dit encore que, à l'âge de seize ans, la raison n'est pas toujours assez froide, l'imagination

assez maîtrisée, l'esprit assez lucide pour comprendre le crime, pour en calculer les suites et les périls. Nous voudrions bien que cela fût la réalité! Malheureusement, quand on fréquente le monde des prisons, on perd vite toute illusion. En règle générale, le délinquant, entre seize et vingt et un ans, comprend parfaitement le mal et les conséquences qui en résultent; souvent même, il semble en avoir le génie et il arrive qu'on reste confondu, effrayé, devant la précocité des instincts pervers, l'habileté, l'audace inouïe des jeunes malfaiteurs. A vrai dire, les « inexpérimentés » dont on nous parle deviennent de plus en plus l'exception, — *apparent rari* ! — surtout dans les grandes villes.

350. — Et l'on voudrait abaisser le niveau des peines pour cette catégorie de criminels? — A quoi bon, puisque les rigueurs actuelles, contre lesquelles on s'élève si vivement, sont incapables d'arrêter le flot montant du crime?... D'ailleurs, la loi réserve la peine de mort et les peines perpétuelles aux infractions les plus graves, à celles qui accusent précisément une perversité spécialement développée. Qu'on nous parle d'entraînement, de fougue juvénile, quand il s'agit de délits peu graves ou de crimes tels que viols, attentats aux mœurs, coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner..., nous l'admettons volontiers; mais il est impossible d'invoquer ces excuses pour des crimes qui font frémir d'horreur et attestent la préméditation, tels que le parricide, l'assassinat, l'empoisonnement, l'infanticide, le vol dans les cas prévus par les articles 381, 382 *in fine*, 383-alinéa 1 du Code pénal... Rien n'atténue de pareils forfaits et le juge doit pouvoir toujours appliquer une peine proportionnée à leur énormité.

351. — En outre, ou bien le jeune délinquant est un récidiviste, ou bien il comparaît pour la première fois devant la justice. S'il est récidiviste, il ne mérite guère d'intérêt; il obéit à l'entraînement du vice plutôt qu'à l'entraînement de l'âge. S'il en est à sa première faute, notre législation pénale fournit au juge les moyens de faire la part de la jeunesse aussi large que possible. Les circonstances atténuantes permettent une application toute bénigne, à son égard, des articles visés par la poursuite du ministère public, et l'application de la loi de sursis vient le plus souvent transformer la condamnation en un simple avertissement. En un mot, le système actuel donne, pour ainsi dire, au juge la faculté de

suivre la gamme chromatique des responsabilités : n'est-ce pas assez dire qu'il est le meilleur possible?

352. — Quant à l'argument tiré de l'inégalité d'une peine perpétuelle appliquée à la fois à un mineur de dix-huit ans et à ses complices plus âgés, c'est un pur sophisme. Notons d'abord que la même remarque pourrait être faite toutes les fois que les acteurs d'un crime sont d'âges inégaux. Sans doute, l'un des condamnés mourra avant les autres; mais cette circonstance, essentiellement contingente, prouvera-t-elle qu'il a été moins rigoureusement frappé? Aucunement!... Ce qui fait la gravité des peines perpétuelles, c'est précisément ce caractère de perpétuité, en vertu duquel elles accompagnent l'homme jusqu'au tombeau. La durée de l'existence est un facteur qui ne peut entrer, ici, en ligne de compte : que le condamné vive cinq, dix, quinze, vingt, cinquante ans, peu importe! le fait de mourir au bout de peu d'années n'empêchera pas que la peine ait été perpétuelle à son égard. Ce caractère de perpétuité est absolu. Perpétuel veut dire : « qui dure indéfiniment » : ce terme exclut toute idée de mesure : une chose est perpétuelle ou elle ne l'est pas, mais elle ne l'est pas plus ou moins : c'est donc s'exprimer inexactement que de parler de l'inégalité d'une peine perpétuelle.

353. — A un autre point de vue, les peines perpétuelles, — mort, travaux forcés à perpétuité, déportation, — ne sont, au fond, que l'exclusion de la société sous trois noms différents, avec effusion de sang dans le premier cas, sans effusion de sang dans les deux autres. L'exclusion de la société : voilà, en réalité, ce qui frappe le condamné, toutes les fois que la loi prononce contre l'acte dont il s'est rendu coupable l'une des peines que nous venons d'énumérer. C'est là encore une mesure exclusive de toute idée de plus ou de moins, — on est exclu ou on ne l'est pas, — une mesure qui, par conséquent, frappe d'une manière égale tous ceux qu'elle atteint. La durée plus ou moins longue de la vie n'ajoutera rien à la rigueur de la condamnation prononcée.

354. — D'ailleurs, l'inégalité qu'on prétend exister au détriment du mineur de vingt et un ans se produira aussi au préjudice du complice plus âgé, si le mineur vient à mourir le premier; elle se rencontrera même dans les peines temporaires toutes les fois qu'un condamné décède avant son compagnon.

355. — En résumé, nous ne voyons aucune raison plausible de modifier le *statu quo*, tandis qu'il en existe, au contraire, de sérieuses pour le maintenir : telle est du moins notre opinion.

CHAPITRE IV

Le Mineur, au point de vue des juridictions appelées à le juger

356. — Nous venons de voir que notre Code pénal a fait au mineur de seize ans une situation tout à fait à part, en ce sens que, avant l'accomplissement de sa seizième année, le mineur délinquant est présumé irresponsable : l'application d'une peine est subordonnée à l'établissement préalable de la culpabilité. Au-dessus de seize ans, c'est la présomption contraire que nous trouvons établie.

357. — Nous arrivons, dans ce chapitre, à l'exposé d'un second privilège, créé par la loi en faveur du mineur, et que nous appellerons *le bénéfice de compétence* : il est établi par l'article 68 du Code pénal, dont nous allons, au préalable, reproduire la teneur : « *L'individu âgé de* » *moins de seize ans, qui n'aura pas de complice présent au-dessus de cet* » *âge, et qui sera prévenu de crimes autres que ceux que la loi punit de la* » *peine de mort, de celle des travaux forcés à perpétuité, de la peine de la* » *déportation ou de celle de la détention, sera jugé par les tribunaux cor-* » *rectionnels, qui se conformeront aux deux articles ci-dessus.* »

358. — Le mineur qui se trouvera dans les conditions exigées par cet article, sera donc justiciable de la police correctionnelle et non de la Cour d'assises : c'est ce que nous allons étudier dans une première section.

Une deuxième section sera consacrée à la question de savoir s'il y a lieu de modifier les règles de procédure pénale qui régissent les poursuites dirigées contre les enfants.

Section I. — Quelle est la juridiction chargée de statuer sur les crimes et les délits des mineurs de seize ans?

359. — Le Code pénal de 1810, en classant les infractions en trois catégories : crimes, délits et contraventions, avait créé, en même temps, trois sortes de tribunaux. Aux Cours d'assises étaient déférés les crimes; les tribunaux correctionnels connaissaient des délits; enfin, les tribunaux de simple police prononçaient sur les contraventions. Mû par le désir d'assurer l'unité et la simplicité des lois de procédure, le législateur n'avait attribué à la minorité de seize ans aucune influence sur les règles de la compétence : il se contentait de réduire, en faveur des mineurs, toutes les peines criminelles à un emprisonnement correctionnel, dont les limites extrêmes étaient un an et vingt ans.

360. — Mais renvoyer devant la Cour d'assises des individus qui ne pouvaient jamais être frappés que de peines correctionnelles, n'était-ce pas illogique? Beaucoup le pensèrent et ne ménagèrent pas leurs critiques à la nouvelle législation; on la trouvait contradictoire et contraire au bon sens, si bien qu'on avait essayé de soutenir que, d'après les seules dispositions du Code d'instruction criminelle et du Code pénal, l'individu âgé de moins de seize ans, qui avait commis un fait qualifié crime, ne devait pas toujours être renvoyé devant la Cour d'assises. On s'appuyait sur ce que les accusés âgés de moins de seize ans pouvaient, à raison de cette circonstance, n'être punis que de peines correctionnelles, aux termes de l'article 67 du Code pénal, et on en concluait qu'ils devaient, pour ce motif, être renvoyés devant le tribunal correctionnel. Un arrêt en ce sens de la Cour impériale de Paris, rendu le 2 mars 1811, avait renvoyé devant le tribunal de police correctionnelle deux mineurs, Daniel Nonès et Ferdinand Macet, prévenus d'un vol commis de complicité dans une maison habitée, crime puni de la réclusion par l'article 386 du Code pénal. Sur les conclusions de M. Merlin, procureur général impérial, la Cour de cassation annula l'arrêt rendu par la Cour de Paris, pour les motifs suivants : la peine de la réclusion étant une peine afflictive et infamante (art. 7, C. pén.), il s'ensuivait que le vol en question

était un crime (art. 1, C. pén.); ainsi, la connaissance en appartenait aux Cours criminelles, aux termes de l'article 231 du Code d'instruction criminelle de 1808, et les prévenus ne pouvaient être soustraits à la poursuite criminelle à raison de leur âge, puisque cette circonstance d'âge devait, selon les articles 340 et 346 du Code d'instruction criminelle, donner matière à une question dont la décision entrait dans les attributions du jury, et qu'il ne peut y avoir de jury que dans les affaires qui s'instruisent criminellement devant les Cours d'assises. La Cour de cassation concluait de ce qui précède que, en renvoyant lesdits prévenus devant le tribunal de police correctionnelle, la Cour de Paris avait violé les règles de compétence établies par la loi (1).

361. — La loi du 25 juin 1824 vint apporter une dérogation aux règles générales de la compétence et donner satisfaction à l'opinion publique qui, dès cette époque, commençait à s'intéresser à toutes les questions touchant à l'enfance coupable. Elle a eu pour résultat de faire juger par les tribunaux correctionnels des procès dans lesquels on ne pouvait jamais prononcer que des condamnations correctionnelles. Voici, au surplus, ce que disait à la Chambre des députés M. de Peyronnet, alors Garde des Sceaux, dans l'exposé des motifs de l'article 1er de cette loi : « Quoi de plus convenable et même de plus régulier que de faire » juger par les tribunaux correctionnels des procès dans lesquels on ne » peut jamais prononcer que des condamnations correctionnelles? Quoi » de plus convenable que de soustraire à la honte et à la solennité des » jugements criminels les accusés qui n'ont pas atteint l'âge d'homme, » et auxquels, au lieu de supplices, la loi n'inflige encore que des cor- » rections? Quoi de plus utile que d'abréger pour eux le temps de leur » première détention, ce temps dangereux pendant lequel, retenus » nécessairement dans les maisons d'arrêt, ils restent confondus avec » les autres accusés dont on instruit le procès, et reçoivent avec tant de » facilité les enseignements du vice et du crime? »

362. — Malgré la vive opposition du général Foy, qui voyait dans cette disposition une première atteinte au jury, la réforme proposée fut

---

(1) Cass., 4 avril 1811 : Sirey, 1811, 1, 243.

adoptée. Toutefois, elle n'a pas été regardée par tous les criminalistes comme une faveur faite au mineur. D'aucuns se sont demandé si les jurés ne sont pas plus aptes que les juges correctionnels à connaître des crimes des mineurs et à apprécier les questions de moralité et de discernement : « Il est à craindre, » disent MM. Chauveau et Hélie (1), « que les » tribunaux correctionnels, juges permanents, n'apportent, dans le juge- » ment de ces accusés, ces règles fixes que la jurisprudence établit, et » qui peuvent entraîner une fausse appréciation du fait et de l'accusé. » Les jurés ne sont-ils pas les juges naturels des accusés de moins de » seize ans comme des autres accusés? Auraient-ils moins d'indulgence » et de paternité? Un grand inconvénient de ce changement de juridic- » tion est, d'ailleurs, d'apporter dans cette compétence des hésitations » et des difficultés qui embarrassent des règles qui devraient être évi- » dentes pour tous. »

363. — Tel n'est pas notre sentiment. D'abord, nous considérons comme ne reposant sur aucun fondement, le reproche adressé aux juges correctionnels d'être moins portés à l'indulgence que les jurés. D'un autre côté, les jeunes accusés ont tout intérêt, pour la sauvegarde de leur avenir, à ce qu'on fasse autour de leur nom le moins de bruit possible. Or, les audiences de la Cour d'assises offrent beaucoup de solennité, et la publicité qui les entoure est autrement grande que celle qui s'attache aux audiences correctionnelles. Enfin il y aura souvent lieu de ne soumettre le mineur qu'à des mesures d'éducation, et le tribunal sera mieux à même de prendre une décision à cet égard.

364. — Quoi qu'il en soit, l'article 1er de la loi du 25 juin 1824 était ainsi conçu : « Les individus âgés de moins de seize ans, qui n'auraient » pas de complices au-dessus de cet âge, et qui seraient prévenus de » crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle » des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, seront jugés » par les tribunaux correctionnels. »

365. — C'est à la suite de la revision du Code pénal, en 1832, que cet article, légèrement modifié, est devenu l'article 68 du Code pénal.

---

(1) *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 520.

Cette substitution a été expliquée, lors de la discussion de la loi de revision, dans les termes suivants : « L'article 1er de la loi du 25 juin 1824 » a déféré aux tribunaux correctionnels les mineurs de seize ans qui se » seraient rendus coupables de crimes autres que ceux auxquels la loi » attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité ou celle » de la déportation. Cette loi devait trouver place dans le projet actuel. » Nous avons pensé que cette disposition ne trouvait pas convenablement » sa place à la suite de l'article 67, qu'il fallait qu'elle fût complètement » isolée de cet article, afin qu'on pût trouver plus facilement les rap» ports qu'elle a essentiellement tout à la fois avec ce dernier article et » l'article précédent. Il fallait donc trouver une autre place. Cette place » est naturellement celle de l'article 68, qui devient sans objet, au moyen » d'une disposition que vous avez adoptée précédemment » (1).

366. — Voici maintenant le nouvel article 68 : « L'individu âgé de moins » de seize ans, qui n'aura pas de complices *présents* au-dessus de cet » âge, et qui sera prévenu de crimes autres que ceux auxquels la loi » attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, la » peine de la déportation, ou celle de la détention, sera jugé par les tri» bunaux correctionnels, qui se conformeront aux articles ci-dessus. »

367. — Cette rédaction diffère à deux points de vue de celle de l'article 1er de la loi de 1824, sur laquelle, par ailleurs, elle est calquée littéralement :

1° Pour que le mineur soit jugé par la Cour d'assises, il ne suffit plus qu'il ait un ou des complices : il faut encore la présence de ces derniers ;

2° Il ajoute aux cas réservés à la Cour d'assises les crimes punis de la peine de la détention.

368. — Aujourd'hui, la règle est donc que le mineur, qu'il ait commis un crime ou un délit, doit être jugé par les tribunaux correctionnels. Cette règle, qui n'est qu'une exception au droit commun, comporte elle-même plusieurs exceptions. Le mineur est justiciable de la Cour d'assises :

---

(1) L'ancien article 68, abrogé par la loi du 28 avril 1832, supprimait, pour les mineurs, la peine de l'exposition publique. — Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 519.

369. — 1re *Exception.* — Lorsqu'il a des complices ou coauteurs présents, âgés de plus de seize ans, qui doivent être jugés par la Cour d'assises.

370. — Cette exception a été introduite pour sauvegarder l'indivisibilité de la procédure. Effectivement, on eût été obligé de scinder les poursuites, la Cour d'assises étant seule compétente pour juger les crimes commis par les majeurs de seize ans, et cette scission risquait d'aboutir à des résultats regrettables, les deux juridictions pouvant rendre des jugements contradictoires. Voilà pourquoi le législateur a décidé d'envoyer le mineur, avec ses complices, devant la juridiction criminelle.

371. — Il eût pu décider le contraire, et traduire les uns et les autres devant le tribunal correctionnel. Mais cette détermination faisait bénéficier des individus majeurs d'une mesure bienveillante, introduite spécialement à raison de la faiblesse d'un âge qui n'est plus le leur. Le législateur a reculé devant cette conséquence : il donne, d'ailleurs, dans l'exposé des motifs, les raisons qui ont guidé sa conduite. « Les choses » étant ainsi pour l'auteur isolé du fait qui aurait plus de seize ans, elles » doivent certainement rester dans le même état pour le coupable qui » aurait des complices de moins de seize ans. Pourquoi participerait-il » à des dispositions bienveillantes que la loi n'aurait établies que par » égard pour la faiblesse d'un âge qui ne serait plus le sien ? Bien loin » d'être digne de cette indulgence, il mériterait plutôt qu'on redoublât » envers lui de sévérité, puisque, indépendamment de son crime, on » aurait vraisemblablement à lui reprocher d'avoir corrompu l'enfant » qu'il aurait choisi pour complice. Il ne suffirait pas, d'ailleurs, » comme à l'égard de l'accusé de moins de seize ans, de changer la » juridiction ; il faudrait en même temps changer la peine, puisque les » tribunaux correctionnels ne prononcent pas de peines afflictives. Ainsi, » l'on ne pourrait faire participer les complices âgés de plus de seize » ans aux avantages qu'auraient obtenus les accusés de moins de seize » ans, sans leur accorder, en effet, des avantages plus considérables : » ce qui blesserait la justice et révolterait la raison. Il faut donc nécessairement que les complices âgés de plus de seize ans continuent à » être jugés par la Cour d'assises. Mais, dès lors, il est nécessaire aussi

» que les accusés de moins de seize ans, qui ont des complices d'un » âge plus avancé, continuent d'être jugés dans les mêmes Cours, » car l'accusation ne peut pas être divisée. Cette division serait dange- » reuse pour la justice et quelquefois même pour les accusés. Elle » serait contraire aux maximes admises dans la législation et la juris- » prudence criminelles; elle serait contraire au but que l'on se propose, » puisque, en séparant les poursuites, elle multiplierait les débats et les » jugements : ce qui n'est certainement pas une amélioration. »

372. — D'après la loi de 1824, pour rendre le mineur justiciable de la Cour d'assises, il suffisait qu'il eût des complices au-dessus de seize ans. La loi de 1832 veut que les complices soient *présents*. Pourquoi cette exigence? On n'en trouve nulle part la raison. Les travaux préparatoires sont muets sur ce point; muets aussi les discours et rapports insérés au *Moniteur*. Il faut donc suppléer au silence des textes et deviner la pensée de derrière la tête du législateur; on la découvre, d'ailleurs, sans difficulté : c'est que, en effet, si le mineur est seul traduit en justice, l'indivisibilité de la poursuite n'est plus en cause. Toutefois, un grave inconvénient est à redouter : si le ou les majeurs dont l'absence a permis de traduire le mineur devant le tribunal de police correctionnelle viennent à être pris, ils comparaîtront devant la Cour d'assises, et, dès lors, reparaît la possibilité des décisions contradictoires, si dangereuses pour la justice.

373. — On n'est pas bien fixé sur le sens exact de l'expression *complices présents :* a-t-on voulu dire que le mineur devait être traduit devant le tribunal correctionnel, quand le majeur est *contumax?* A notre point de vue, ces mots ont d'abord ce sens; mais ils ont, en outre, une plus large étendue d'application et le mineur nous paraît justiciable du tribunal correctionnel toutes les fois que, pour une cause quelconque, la même poursuite ne peut englober le mineur et ses complices.

374. — *2e Exception.* — Le mineur doit encore être jugé par la Cour d'assises, toutes les fois que l'acte incriminé est de nature à entraîner l'application d'une peine particulièrement grave : mort, travaux forcés à perpétuité, déportation, détention.

375. — Plusieurs motifs expliquent cette exception. Elle se justifie d'abord par cette considération qu'on a voulu, en déférant le mineur à la police correctionnelle, éviter autour de son nom une publicité fâcheuse,

ménager son avenir et rendre possible son reclassement dans la société. Mais, dans le cas particulier qui nous occupe, la gravité du crime traduit chez son auteur des instincts si précoces et si féroces, que tout espoir d'amendement est désormais illusoire. D'ailleurs, même devant le tribunal correctionnel, comment rendre moins public un acte qui doit peut-être à la jeunesse du malfaiteur l'énorme retentissement dont il a été l'objet?

376. — En outre, l'article 67 remplace en faveur du mineur la mort, les travaux forcés à perpétuité et la déportation, par un emprisonnement de dix à vingt ans dans une maison de correction; or, l'emprisonnement correctionnel étant de cinq ans au maximum, — sauf, bien entendu, le cas de récidive, — on n'a pas voulu que les tribunaux correctionnels fussent à même de prononcer une peine supérieure à celles qu'ils peuvent généralement infliger.

377. — C'est encore la loi de 1832 qui a étendu la compétence de la Cour d'assises au cas où le crime commis par le mineur est de nature à entraîner la peine de la détention, qu'elle venait précisément de créer. La détention est une peine applicable à des crimes politiques, crimes dont la répression doit plus particulièrement être confiée au jury, car, seul, le jury jouit d'une indépendance assez absolue pour les apprécier sainement. Le reproche de sévérité que l'on faisait à tort, croyons-nous, aux magistrats, dans les cas de droit commun, pourrait, peut-être, se trouver justifié dans les causes politiques. C'est là, sans doute, la raison d'être de cette modification dont les travaux préparatoires ne nous indiquent nulle part les motifs.

378. — *3e Exception.* — Elle n'est pas indiquée par l'article 68 du Code pénal. Il s'agit du cas où le fait, quoique qualifié délit, a été commis par la voie de la presse ou autres moyens de publication. L'article 13 de la loi du 26 mai 1819 attribuait à la Cour d'assises la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, sans faire de distinction au point de vue de l'âge de leurs auteurs. Mêmes dispositions dans le chapitre troisième de la loi du 27 juillet 1849. Le décret du 31 décembre 1851, abrogeant cette exception de droit commun, déféra, dans son article 1er, aux tribunaux de police correctionnelle « la connais-» sance de tous les délits prévus par les lois sur la presse et commis au

» moyen de la parole. » — A son tour, le décret du 17 février 1852, article 25, fait rentrer dans la compétence des tribunaux correctionnels « les » délits commis par la voie de la presse, ou tout autre moyen de publi- » cation, et qui avaient été attribués par les lois antérieures à la compé- » tence des Cour d'assises. » L'exception a été rétablie par l'article 1er de la loi des 15-22 avril 1871, qui fait revivre les dispositions du chapitre III de la loi du 27 juillet 1849, sans distinguer entre les délits commis par des agents de moins de seize ans et ceux commis par des agents au-dessus de cet âge. Enfin, l'article 45 de la loi du 29 juillet 1881, modifié par la loi du 16 mars 1893, défère aussi à la Cour d'assises « les » crimes et délits prévus par la présente loi, » sauf les exceptions qu'il énumère.

379. — M. Garraud se demande si la Cour d'assises est bien compétente dans cette troisième hypothèse. A notre avis, l'affirmative ne peut faire aucun doute, car, outre que les textes précités, répétons-le, ne font aucune distinction, la juridiction de la Cour d'assises est considérée, en matière de presse, comme une garantie pour l'accusé, garantie dont on doit d'autant moins le priver qu'il n'a pas encore atteint, en l'espèce, l'âge de la pleine responsabilité pénale.

Section II. — **Y a-t-il lieu de modifier les règles de procédure pénale qui régissent les poursuites dirigées contre les enfants?** (1)

380. — Nous venons de voir que, en principe, le tribunal correctionnel est compétent, depuis la loi du 28 avril 1832, pour connaître des crimes ou des délits commis par les mineurs de seize ans. Mais nombre de criminalistes, pénétrés du désir de diminuer en faveur des enfants la publicité des audiences et de leur procurer une juridiction plus paternelle encore, trouvent tout à fait insuffisantes les réformes de 1824 et de 1832.

---

(1) Pour toute cette section, voir les rapports de la quatrième section du Ve Congrès pénitentiaire international, Paris 1895. — Lire surtout les substantiels rapports de MM. Bonjean et Thiry.

381. — Nous l'avons dit plus haut, depuis quelques années l'idée de bienveillance et de protection tend à se substituer, chez nous, comme partout ailleurs, à l'idée de répression. Et c'est justice : la plupart du temps, en effet, ces malheureux enfants n'ont commis d'autre crime que celui d'être venus au monde dans la misère, d'avoir été abandonnés et livrés à eux-mêmes. C'est là le crime qu'ils vont expier en subissant l'humiliation de comparaître devant un tribunal correctionnel. Ici, comme partout, apparaît cette différence injustifiée qui sépare le riche du pauvre, ceux qui souffrent de ceux auxquels l'existence réserve ses faveurs et ses sourires. Qu'un enfant riche commette un de ces minimes délits qui provoquent la comparution en justice de tant de petits malheureux : s'il est arrêté, le parquet le fera relâcher aussitôt, parce que l'on considère comme suffisante, pour ramener au respect des lois le jeune délinquant, la correction paternelle qui l'attend au sein de la famille. Et cependant, n'est-il pas plus coupable, cet enfant, que le jeune vagabond sorti des bas-fonds sociaux, qui n'a jamais été soumis à la moindre éducation, qu'on a laissé dans l'ignorance absolue de toute morale, à peu près comme un animal, et qui, privé déjà de toute force de résistance au mal, voit en outre fourmiller autour de lui les occasions de succomber? C'est donc un devoir impérieux pour la société de tenir la balance égale entre ses divers membres : il faut qu'elle fournisse à l'enfant pauvre ce qu'une naissance plus heureuse a donné au riche. Il faut qu'elle l'arrache à son milieu malsain, qu'elle transplante cet être deshérité sur un terrain plus favorable, où il trouvera, non pas la prison, qu'on épargne au riche, mais cette bienveillance qu'il ne rencontre nulle part autour de lui, une éducation soignée, où la bonté et la fermeté s'allieront dans une sage mesure et qui fera de lui un homme de bien, capable de rendre des services à son pays.

382. — Tel est, semble-t-il, le point de vue auquel se sont placés les divers législateurs étrangers qui, dans ces derniers temps, ont modifié, sur ce point, les dispositions de leur loi pénale. Ces questions de discernement et de responsabilité qui ont encore chez nous une si grande importance, ils les ont laissées complètement à l'écart (1). Pour eux,

---

(1) Congrès de Paris, 4e section. Rapport de M. Thiry, p. 519.

l'unique question à résoudre est la suivante : lorsqu'un enfant commet un crime ou un délit, que vaut-il mieux pour lui? un régime de redressement ou la prison? — La réponse ne saurait être douteuse. La prison est absolument incapable d'exercer sur l'enfant une influence réformatrice. Le régime de l'emprisonnement individuel porte atteinte à la raison et compromet la santé; l'emprisonnement en commun, c'est la corruption fatale et irrémédiable.

383. — Trois Congrès, ceux de Stockholm, d'Anvers (1894) et de Paris (1895), ont successivement étudié la question et formulé des propositions à ce sujet.

384. — Le Congrès de Stockholm avait proposé que le placement des enfants vicieux dans les familles ou les établissements publics eût lieu, autant que possible, en évitant l'intervention judiciaire. Le Congrès applaudissait aux efforts tentés en ce sens par certaines législations pour substituer à l'action judiciaire l'intervention d'une autorité pupillaire créée à cet effet (1); il approuvait notamment le système adopté par l'état de Massachussetts et que l'honorable M. William Letchworth résumait en ces termes : « Quand un enfant est cité devant le juge, l'agent » de l'État en est avisé et parait pour l'enfant, non comme son défenseur, » mais comme un ami désintéressé, qui vient prendre des informations » sur ses antécédents, comme sur ceux de ses parents. Il n'est pas rare, » si les circonstances le permettent, que l'agent se porte garant de la » comparution de l'enfant et qu'il l'emmène avec lui. La sentence reste » alors suspendue; le coupable est ensuite ou restitué à sa famille, ou » mis en pension ailleurs, pour un temps limité par l'agent. Entre temps, » ce dernier le surveille et l'influence par des exhortations amicales. » Quand l'enfant n'est pas incorrigible, on le ramène ainsi à la bonne » conduite sans grande dépense pour l'État, et sans que son nom et » celui de ses parents soient entachés » (2).

385. — Ce système évite toute publicité et tout scandale : c'est là un avantage appréciable, sans doute; mais il est dangereux pour l'enfant, livré sans défense à la discrétion d'une administration qui pourra ne pas

---

(1) Congrès de Paris, 4e section, p. 392 *in fine*.
(2) Congrès de Paris, 4e section, p. 393.

respecter toujours la liberté du jeune délinquant. C'est ce qui faisait dire à M. Dohet : « Il est contraire à tout principe qu'un citoyen, fût-ce un » enfant, soit privé de sa liberté, sans avoir été entendu et sans pouvoir » réclamer. »

386. — Si l'intervention judiciaire offre l'inconvénient d'une publicité solennelle, du moins on a l'assurance qu'elle respecte la puissance paternelle, qu'elle comprend la protection due à l'enfance malheureuse ou coupable, qu'elle a le sentiment des devoirs qui lui incombent au point de vue de la sécurité publique; elle a l'expérience des affaires délicates, elle seule, enfin, est compétente pour qualifier les crimes et les délits commis par les enfants et par les majeurs.

387. — Ne semble-t-il pas que la justice a plus qualité que tout autre, quand il s'agit de prescrire un internement de caractère pénitentiaire et hospitalier, souvent de longue durée? d'une part, parce que c'est un principe de droit public que la liberté individuelle est aussi respectable chez l'enfant que chez l'adulte, chez l'aliéné que chez l'homme raisonnable, et, d'autre part, l'instruction judiciaire n'a-t-elle pas des moyens plus efficaces de procéder à une enquête approfondie sur les faits et sur la situation de l'enfant et de ses parents ?

On peut vouloir écarter les conséquences de l'intervention judiciaire qui peuvent être fâcheuses pour l'avenir des enfants, mais l'exclusion de cette autorité pourrait être détestable. Il y a des limites à poser, comme l'a compris le Congrès de Stockholm, et il faut seulement chercher une meilleure organisation de l'intervention judiciaire (1).

388. — La commission chargée de préparer la revision du Code pénal s'est occupée de cette question : elle propose d'exempter de toute poursuite correctionnelle le mineur de dix ans; mais, comme elle n'entend pas lui assurer l'impunité, elle le rend justiciable du tribunal civil, auquel elle laisse le soin, à la requête du ministère public, de le placer dans un établissement d'éducation et de réforme, jusqu'à l'âge de vingt et un ans au plus (art. 57 du projet) (2).

389. — Cet article 57 inspire à M. Dubois les réflexions suivantes (3) :

---

(1) Voisin, *Congrès de Paris*, 4e section, p. 391 et 395.

(2) Guillot, op. cit., p. 332.

(3) *Congrès de Paris*, 4e section, p. 396 et 397.

S'inspirant des idées qui ont suscité en Allemagne la création des tribunaux de tutelle, on a pensé que le tribunal civil formerait une juridiction paternelle pour régler la question d'internement. Mais une difficulté s'élève alors pour savoir quelle est l'autorité qui aura compétence pour statuer sur la question de discernement. On a pensé à faire décider la question de discernement seule par le tribunal civil, mais on a vite reconnu que cette question est entièrement liée à la question d'application de la peine; or, soumettre une question de ce genre au tribunal civil, c'est le faire sortir de ses attributions ordinaires. C'était donc opérer le bouleversement de tous les principes que de faire trancher la question de discernement par la juridiction civile, pour réserver l'application de la peine à la juridiction correctionnelle; ce système donnerait lieu à des conflits de juridiction déplorables. On peut supposer le cas, par exemple, où, le tribunal civil ayant déclaré qu'un enfant a agi avec discernement, cet enfant comparaît ensuite devant le tribunal correctionnel pour l'application de la peine; celui-ci déclare ne pas partager l'opinion des juges civils et décide que le mineur a agi sans discernement. Il faudrait alors renvoyer devant une juridiction supérieure : ce serait une complication regrettable.

Il paraît infiniment plus simple et plus juste de maintenir la compétence complète au tribunal correctionnel pour statuer sur l'application de la peine, comme sur la question de discernement.

390. — A notre avis, c'est le seul système rationnel. Confier au tribunal civil la solution de la question de discernement et au tribunal correctionnel l'application de la peine, c'est profondément bizarre. On se demande en vain le but d'une semblable combinaison : la publicité de l'affaire en sera-t-elle atténuée? l'avenir de l'enfant s'en trouvera-t-il plus ménagé? son reclassement social mieux assuré? N'est-il pas plus naturel de laisser au juge chargé d'appliquer la peine le soin d'apprécier le côté moral de l'infraction, alors surtout que l'élément moral est une donnée indispensable pour fixer le *quantum* de la peine? Et puis, il ne faut pas perdre de vue que la majeure partie des tribunaux ne comprennent qu'une chambre. Voit-on d'ici le tribunal se constituant en audience civile pour trancher la question de discernement et en audience correctionnelle pour appliquer la peine? Il ne faudrait pourtant pas, à

force de sollicitude pour l'enfance, en arriver à tomber dans le comique.

391. — Nous ne voyons, pour notre part, aucun obstacle à ce que le tribunal correctionnel reste seul compétent. On objectera que l'inconvénient de la publicité subsiste. Mais est-il donc si difficile d'y obvier? Ne peut-on pas décider, par exemple, que le tribunal jugera en chambre du conseil, en présence de l'avocat et des parents?... Dans son rapport au Congrès de Paris de 1895 (1), M. Bonjean, qui n'est partisan ni d'un juge civil ni d'un juge unique, demande que les enfants comparaissent un à un, à huis-clos : « Tout moraliste, » dit-il, « trouve, en effet, bien » regrettable le système qui amène l'enfant au prétoire, confondu avec » les adultes, entendant leur interrogatoire, le récit de leurs actes sou- » vent scandaleux, prenant ainsi des leçons pratiques de ruse, de men- » songe, de cynisme, et emportant une irrémédiable flétrissure de cette » promiscuité infamante, en présence d'une foule toujours trop grande » et surtout beaucoup trop gaie au spectacle de tant de misères. »

392. — M. Bonjean préconise là une solution qui n'est pas nouvelle. Déjà, en 1832, la commission de la Chambre des Pairs avait proposé un amendement tendant à faire juger à huis clos, en chambre du conseil, les enfants de moins de douze ans : « Si l'individu est âgé de moins de » douze ans, la chambre du conseil pourra ordonner, sur le rapport du » juge d'instruction, le ministère public entendu, que les débats auront » lieu à huis clos, les parents du prévenu appelés. S'il n'est pas assisté » d'un conseil, il lui en sera donné un d'office. Le jugement sera pro- » noncé à l'audience publique, hors de la présence du prévenu. »

393. —Nous avons vu plus haut comment M. Chauveau apprécie cet amendement : il n'eût point, d'après le savant auteur, sauvé l'enfant accusé de la contagion du vice qu'il reçoit dans les prisons où il subit sa détention préalable; il ne l'eût point préservé de la flétrissure dont un jugement peut empreindre sa jeune imagination, et, en lui ôtant les garanties de la publicité de l'audience, il n'aurait point empêché la publicité du jugement. — L'amendement fut d'ailleurs rejeté, comme portant atteinte au principe de la publicité des débats en matière criminelle.

---

(1) *Congrès de Paris*, 4e section, p. 392.

394. — Au Congrès international d'Anvers de 1894, la première section, qui s'occupait des questions relatives à la protection de l'enfance, proposa, comme quatrième question, la question suivante : « *Quelles sont, en matière de procédure pénale, les règles à suivre, dans les poursuites dirigées contre les enfants?* »

395. — M. Flandin, vice-président du tribunal civil de la Seine, chargé d'un rapport sur cette question, proposa de soustraire à la publicité de l'audience, pour les juger en chambre du conseil, les affaires concernant les enfants : « Au mois de mai 1893, » dit-il, « le premier » Congrès national du Patronage des libérés, tenu à Paris, a étudié cette » question, et l'avis unanime a été que, dans un intérêt social et de » haute convenance, on devait épargner à un enfant, souvent reconnu » comme étant irresponsable, le fâcheux souvenir d'une comparution » sur le banc des délinquants de droit commun. Le Congrès a décidé » que, en France, pour les débats des affaires de cette nature, la substi- » tution de la chambre du conseil du tribunal correctionnel à l'audience » publique de ce même tribunal devait être une réforme présentée et » demandée aux pouvoirs publics. » M. Flandin ajoutait : « La question » a de l'intérêt, elle n'a, jusqu'à présent, rencontré que l'unanimité des » opinions dans le sens que j'ai indiqué; » — et il terminait son rapport en proposant l'adoption du vœu suivant :

« *Dans les pays où existe la procédure rapide dite des flagrants* » *délits, toutes les poursuites retenues par l'autorité judiciaire et concer-* » *nant des enfants, garçons ou filles, âgés de moins de seize ans, ne doi-* » *vent jamais être instruites, ni jugées, en flagrant délit. Toutes les pour-* » *suites doivent être, d'office, l'objet d'une information confiée au juge* » *d'instruction. Les poursuites concernant les mineurs au-dessous de seize* » *ans renvoyés devant le tribunal correctionnel ne devraient plus être jugées* » *en audience publique, mais en chambre du conseil, à huis clos* » (1).

396. — M. Levoz, substitut du procureur du Roi à Verviers, exprima l'opinion contraire : il faut, à son avis, traduire les enfants en justice publiquement : « En agissant autrement, » disait-il, « on supprime les

(1) Flandin, Rapport p. 151.

» garanties accordées aux inculpés adultes, notamment les débats publics » à l'audience. Ne l'oublions pas, il peut s'agir d'une affaire grave et y » avoir des raisons puissantes pour charger un enfant innocent et ainsi » faire échapper le vrai coupable. D'ailleurs, répétons-le, la simple com» parution à l'audience ne peut entacher l'avenir de l'enfant. Il ne sera » pas fait mention de la décision qui interviendra au casier judiciaire, » et, si l'on craint que le jeune inculpé soit exposé aux regards du public, » le tribunal pourra toujours prononcer le huis-clos (art. 96 de la cons» titution belge) » (1).

397. — M. Fernand Thiry, professeur de Droit criminel à l'université de Liège, chargé d'un rapport sur la même question, demandait aussi la comparution devant le tribunal, mais seulement dans le cas où l'enfant ne pouvait être laissé à sa famille; dans ce dernier cas, il repoussait la compétence de la chambre du conseil, et, *à fortiori*, celle du président du tribunal, proposée par M. le substitut de Hoon, dans son ouvrage sur l'enfance coupable : « Dans l'hypothèse où la chambre » du conseil ne croirait pas que l'enfant peut être laissé à sa famille, » elle le renverrait devant le tribunal correctionnel, lequel aurait à exa» miner la question de la mise à la disposition du Gouvernement.

« On nous demandera, peut-être, pourquoi nous ne chargeons pas la » chambre du conseil de prononcer la mise à la disposition du Gouver» nement, comme elle prononce le maintien de l'inculpé dans sa famille; » cette mesure aurait le grand avantage d'écarter la comparution devant » le tribunal et d'éviter le dédoublement de la procédure. Nous avouons » que le système nous séduit beaucoup : nous en avons parlé à d'émi» nents magistrats de Liège, qui l'approuvaient. Malheureusement il » nous inspire une crainte : la mise à la disposition du Gouvernement » est toujours grave, parce qu'elle constitue une atteinte à l'exercice de » la puissance paternelle : aussi pensons nous qu'elle ne doit pas être » prononcée sans un débat public. C'est pour cette raison, sans doute, » que le projet de loi charge le tribunal de police de statuer sur la » mesure susdite : si nous choisissons plutôt le tribunal correctionnel,

(1) Rapport de M. Levoz, p. 16.

» c'est un peu pour conserver l'harmonie de notre procédure, et surtout
» pour donner, dans les cas graves, une autorité plus considérable à la
» décision qui doit être prise » (1).

398. — Dans une autre partie de son rapport, M. Thiry signalait une réforme dont le but était d'augmenter les pouvoirs de la chambre du conseil, au point de vue de l'instruction, et que la législation belge était sur le point d'adopter :

« Aujourd'hui, la chambre du conseil peut rendre, en ce qui concerne
» un enfant, une ordonnance de non-lieu, en la basant sur l'insuffisance
» des charges, ou sur l'absence de faits ayant un caractère délictueux
» (art. 128), mais il lui est interdit de prononcer une décision semblable
» en invoquant le défaut de discernement. En agissant de la sorte, en
» effet, elle empièterait sur la compétence du tribunal correctionnel, non
» pas précisément parce qu'elle statuerait sur une question d'imputabi-
» lité, — ce qui rentre très bien dans son rôle, — mais parce qu'elle
» déciderait d'une manière implicite qu'il n'y a pas lieu de prononcer la
» mise à la disposition du Gouvernement, question que le tribunal peut
» seul résoudre, et dont, par conséquent, il doit absolument être saisi.

« L'article 20 du projet de loi pour la protection de l'enfance, déposé
» à la Chambre des représentants, dans la séance du 20 juillet 1893, par
» M. le Ministre de la Justice, Le Jeune, modifie cette situation : « S'il
» apparaît dans l'instruction préparatoire, » dit ce texte, « que l'enfant
» qui n'aurait pas atteint l'âge de seize ans accomplis au moment du
» fait, a agi sans discernement, une ordonnance de non-lieu sera ren-
» due » (2). — L'article 21 fait prononcer la mise à la disposition du Gouvernement par le tribunal de police.

399. — Des excellents rapports de MM. Thiry et Levoz, au Congrès d'Anvers de 1894, se dégage nettement cette conclusion que le législateur belge se préoccupe beaucoup plus de réformer l'éducation et la moralité des enfants coupables que de les punir : « Il est évident que la
» pénalité est loin de posséder une puissance suffisamment grande pour
» qu'on l'envisage comme la panacée unique de la criminalité. D'autres

(1) Thiry, Rapport sur la 4e question, 1re section, p. 15.
(2) *Congrès de Paris*, 4e section, p. 531 et 532.

» moyens, *substitutifs pénaux*, selon l'expression de Ferri, doivent être » employés dans le même but, et nous ajouterons que ces moyens doivent » toujours, en considération des inconvénients énormes de la répression, » être pratiqués en premier lieu.

« Cette observation doit surtout recevoir son application en ce qui « concerne les jeunes délinquants. D'abord la peine est plus pernicieuse « pour les enfants que pour les adultes, puisqu'elle est de nature à les « démoraliser, à les flétrir et à les décourager au début même et pour « toute la durée de leur existence. Ensuite, la société dispose, à l'égard « des enfants, d'un moyen de défense spécial, beaucoup plus propre que « la peine à empêcher les actes délictueux qu'ils seraient enclins à com- « mettre : ce moyen, c'est l'éducation. Tandis qu'on ne peut imposer des « mesures d'éducation à un adulte qu'en allant à l'encontre de sa liberté « juridique, donc en le punissant, l'enfant s'y trouve tout naturellement » soumis, par le fait même de sa minorité.

« Si un enfant s'est rendu coupable d'une infraction, que l'État, au » lieu d'appliquer des mesures répressives, toujours dangereuses par la » contamination qu'elles entraînent, emploie les moyens nécessaires » pour qu'un changement d'éducation vienne empêcher la récidive en » corrigeant l'auteur du délit » (1).

400. — M. Levoz concluait en formulant, parmi les résolutions qu'il proposait au Congrès, les règles suivantes : .....

VI. — Tout enfant, âgé de moins de seize ans, qui aura commis un fait tombant sous l'application de la loi pénale, ou dont la conduite ou la moralité laisserait vraiment à désirer, pourra, à la demande ou avec l'assentiment du père ou de la personne sous l'autorité de laquelle il se trouve, être mis à la disposition du Gouvernement par une ordonnance rendue par le président du tribunal de première instance.

L'intervention de la famille ne sera pas requise, quand il s'agira d'un fait qualifié crime ou tentative de crime par la loi.

VIII. — Lorsqu'un mineur, âgé de moins seize ans accomplis, comparaîtra devant un tribunal répressif, le juge examinera si le fait qui lui

---

(1) Thiry, *Rapport*, p. 2.

est reproché est ou non établi. Dans la négative, il sera renvoyé des poursuites par un jugement établissant formellement son innocence. Dans l'affirmative, il sera admonesté et remis à sa famille, si celle-ci présente des garanties suffisantes, ou bien il sera mis à la disposition du Gouvernement.

Remarquons que, en Belgique, la comparution du mineur de moins de seize ans devant la Cour d'assises ne se présentera pour ainsi dire jamais. Nous avons admis, en effet, que le président du tribunal peut l'empêcher en remettant le jeune accusé aux soins du Gouvernement. Elle ne pourrait se rencontrer que si les charges recueillies n'établissaient pas la culpabilité d'une façon indiscutable et si le président déclarait ne pas être suffisamment éclairé pour rendre son ordonnance.

D'autre part, le projet de loi sur la protection de l'enfance ne permet de mettre en jugement un inculpé de moins de seize ans, sauf devant le tribunal de police, « qu'en vertu d'une ordonnance de la chambre du » conseil ou de la chambre d'accusation. »

XII. — La mise à la disposition du Gouvernement ne sera pas considérée comme une peine, mais bien comme une mesure de protection, prise dans l'intérêt du mineur; elle subsistera jusqu'à la majorité civile de celui-ci. Les décisions rendues en cette matière seront susceptibles d'être portées en appel, soit par le ministère public, soit par ceux sous l'autorité desquels l'enfant se trouve (1).

401. — On se récrie beaucoup contre la publicité de l'audience, mais en réalité ce n'est pas sur ce point qu'existe pour l'enfant le vrai danger. Le danger, il réside dans la promiscuité des enfants avec des camarades encore plus pervertis, soit pendant l'instruction, soit pendant le temps de leur correction. C'est celui-là qu'il faut principalement éviter, et c'est vers ce but que paraissent avoir porté tous les efforts du Congrès.

402. — M. de Chauveron, avocat à la Cour d'appel de Paris, exposa au Congrès la pratique parisienne qui consiste à placer les jeunes prévenus à l'hospice Denfert ; on n'y envoie que les enfants non vicieux, pour lesquels, pas plus que pour leurs camarades, le régime en commun de

(1) Rapport de M. Levoz, p. 24.

l'hospice n'offre aucun danger. L'assistance publique, d'accord avec les juges d'instruction, reçoit dans son grand hospice des enfants assistés, pendant toute la durée de l'instruction, les enfants qui paraissent dignes de cette marque d'intérêt. Cet essai est dû à l'entente du Conseil général avec la magistrature, ainsi que nous l'apprend M. Rousselle, président de la commission de l'assistance publique, dans le rapport présenté par lui au Conseil général de la Seine sur le service des enfants moralement abandonnés en 1894 : c'est au commencement de 1893 que des membres du Conseil général de la Seine, ayant eu l'occasion d'entendre des magistrats se plaindre de ne pas avoir à leur disposition un asile d'une hospitalité moins dure que celle de la Petite-Roquette, pour y maintenir, pendant la durée de l'instruction, les enfants dignes d'un intérêt particulier, et dont, cependant, la famille inspire trop de défiance pour qu'on puisse les lui remettre, voulurent bien, avec un empressement généreux, offrir à la justice de les recevoir de ses mains, à titre temporaire, dans une partie de l'hospice de la rue Denfert-Rochereau (1).

L'empressement fut si grand des deux côtés dans cette œuvre de bienfaisance que, au bout de quelques semaines, l'asile était ouvert, dans les premiers mois de 1893. On y reçut, dans le courant de l'année, deux cent quatre-vingt-un enfants; et, sur ce nombre, dix-neuf seulement se montrèrent trop profondément pervertis pour être l'objet de mesures hospitalières, et ils durent retourner à la Petite-Roquette (2).

403. — L'administration, d'accord avec le juge, tient l'enfant en observation pendant un temps plus ou moins long, mais qui n'excède pas un mois, et fait ensuite connaître son appréciation. Supposons-là favorable au jeune enfant; la première impression du juge n'a pas été démentie : ce n'est pas un de ces mauvais sujets contre lesquels toute autorité se brise; si on le change de milieu, si on parvient à lui faire une nouvelle famille, il reprendra, comme ces jeunes arbres tordus et débiles, qui se redressent et grandissent dès qu'on les enlève au sol trop pauvre pour les nourrir ou aux vents trop violents pour leur faiblesse.

---

(1) Rousselle, *Rapport général.*
(2) Guillot, op. cit., p. 233.

Dès que le juge est prévenu que l'assistance est satisfaite de l'enfant, et qu'elle est disposée à le recueillir définitivement, il examine si cette proposition, qui ne le lie en aucune façon et lui laisse toute liberté de prendre un autre parti, est conforme aux intérêts de l'enfant, son protégé plutôt que son justiciable. S'il est de cet avis, il rend une ordonnance de non-lieu : son rôle est terminé, celui de l'administration commence (1).

404. — A la suite de ces communications et des rapports de MM. Flandin, Levoz et Thiry, le Congrès international formula, en réponse à la quatrième question de la première section, le vœu suivant :

1° Les règles à suivre, en matière de procédure pénale, dans les poursuites dirigées contre les enfants, doivent avoir pour but, non de les punir, mais de les protéger et de les amender ;

2° Le choix des mesures à prononcer, à l'égard des enfants coupables d'infractions autres que les contraventions de police, réclame un examen psychologique approfondi, effectué à l'aide d'une instruction préparatoire ;

3° Cette instruction doit être dirigée par le ministère public et le juge d'instruction ; un défenseur, choisi par les parents, ou nommé d'office, ainsi qu'un représentant du comité de patronage de l'arrondissement, doivent y être convoqués et y apporter leur collaboration ;

4° La chambre du conseil, ou le juge d'instruction, dans les pays où elle n'existe pas, renvoie le jeune délinquant devant la juridiction répressive compétente, lorsqu'il est présumé coupable d'une des infractions pour lesquelles la loi le déclare exceptionnellement passible d'une peine proprement dite ;

5° En dehors de ces cas, la chambre du conseil ou le juge d'instruction résout la question de savoir s'il y a lieu ou non de laisser l'enfant sous la surveillance de ses parents ou de son tuteur ;

6° Dans l'affirmative, la juridiction susdite aura le droit d'adresser une admonition à l'enfant et aux parents, d'ordonner la restitution des choses provenant du délit et d'exiger le remboursement des frais de justice ;

(1) Guillot, op. cit. p. 325.

7° Dans la négative, elle opte entre le placement en famille et l'internement dans une école de bienfaisance, et peut statuer sur la question des dommages-intérêts ;

8° La procédure, devant le juge d'instruction et la chambre du conseil, est extraordinaire, sans être publique. La procédure devant le tribunal correctionnel est publique et contradictoire;

9° La mise à la disposition du Gouvernement doit pouvoir être prononcée d'une manière conditionnelle;

10° L'enlèvement de l'enfant aux parents, quand il est ordonné, doit être exécuté sans retard, et les comités de patronage peuvent, en cas de nécessité, être chargés provisoirement de la garde de l'enfant ;

11° Il y a lieu de préconiser la création de comités de défense dont le but sera, par une entente entre la magistrature et les œuvres de patronage, d'assurer d'une façon efficace le principe de la présente procédure : protection et amendement;

12° Les enfants qui doivent être privés de leur liberté, préalablement aux mesures définitives à prendre à leur égard, seront recueillis, par voie de protection préventive, ailleurs que dans une prison.

405. — Le Ve Congrès pénitentiaire international, réuni à Paris en 1895, avait à examiner, dans sa section IV, — celle qui s'occupait des enfants, — une quatrième question ainsi formulée :

Par quelle autorité doit-il être statué sur le sort des enfants coupables de fautes ou d'infractions?

406. — Les dimensions restreintes de cet ouvrage ne nous permettant pas d'analyser les très intéressants rapports qui ont été faits sur la question, nous nous contenterons de reproduire la résolution votée par le Congrès :

Il appartient à l'autorité judiciaire de décider si l'enfant sera remis à la tutelle administrative. Le choix du régime et, s'il y a lieu, le changement à y apporter appartiendront à l'autorité chargée de l'éducation de l'enfant.

407. — De cette longue discussion, nous concluons que le résultat le plus important, celui qu'il faut atteindre à tout prix, c'est réformer l'éducation des enfants. Pour réussir dans cette œuvre si difficile, il faut écarter soigneusement du jeune prévenu tout contact malsain, lui éviter,

surtout, le séjour de la prison où il ne trouverait qu'influences néfastes et exemples pernicieux.

408. — Quant à la procédure en elle-même, nous croyons qu'il ne faut jamais avoir recours à la procédure rapide des flagrants délits, que le tribunal correctionnel doit rester compétent pour prononcer sur le sort de l'enfant, sauf à décider, — et nous n'y voyons aucun inconvénient sérieux, — qu'il jugera en chambre du conseil, en présence de l'avocat et des parents du jeune prévenu. La publicité nous paraît dangereuse pour l'enfant, en ce sens, qu'il est souvent porté à faire le fanfaron et à chercher dans la salle d'audience des approbateurs de sa faute et de son « attitude crâne. » Combien de fois n'avons-nous pas été le témoin attristé d'un fait si profondément regrettable !...

409. — Terminons par une remarque très juste de M. Appleton (1) :
» Quelque parti qu'on prenne, d'ailleurs, sur la question de compétence,
» la réforme qu'on propose appelle celle du régime de correction auquel
» sont soumis les mineurs. La maison de correction, en effet, ne con-
» vient pas à tous. Si la règle inflexible est nécessaire pour redresser
» les natures vicieuses, une direction plus douce suffira pour ramener
» au bien les égarés d'un instant, les abandonnés plus malheureux que
» coupables. Pour les uns, toute la sévérité des règlements pénitentiaires;
» pour les autres, un régime plus familial, un système d'éducation pater-
» nelle. Il faut donc que les magistrats puissent faire au grand jour ce
» qu'ils font déjà officieusement aujourd'hui : il faut que la loi leur donne
» le droit, lorsque l'examen des faits et des antécédents ne révèle pas
» chez l'enfant une véritable perversité, de confier la garde du jeune
» prévenu, soit à l'assistance publique, soit à un établissement privé de
» nature hospitalière, soit enfin à une famille honorable, qui en pren-
» drait soin, sous la surveillance de l'autorité. Ils pourront ainsi sous-
» traire l'enfant aux influences pernicieuses de son milieu, sans le sou-
» mettre aux rigueurs de la discipline pénitentiaire. »

410. — Les desiderata de M. Appleton ont été réalisés, il n'y a pas longtemps : une loi des 19-21 avril 1898, que nous étudierons plus loin

---

(1) Appleton, op. cit., p. 8.

en détail, permet aujourd'hui aux tribunaux de confier les enfants soit à des particuliers, soit à une société de patronage quelconque, soit, enfin, à l'assistance publique.

CHAPITRE V

Le Mineur au point de vue de la question d'âge

411. — Le bénéfice de compétence étudié, occupons-nous de la question d'âge : elle offre plusieurs obscurités que nous allons successivement envisager.

Section I. — **A quel moment est acquise la majorité pénale?**

412. — L'article 66, nous l'avons déjà vu, commence par ces mots : « *Lorsque l'accusé aura moins de seize ans...* » On n'est pas d'accord sur le sens à donner à cette expression. Désigne-t-elle tous les individus qui n'ont pas encore seize ans accomplis, ou bien seulement ceux qui ne sont pas entrés dans leur seizième année? — Le Code pénal de 1791, dans son titre V, première partie, article 1er, s'exprimait en ces termes : « Lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura commis le crime » pour lequel il est poursuivi avant l'âge *de seize ans accomplis*, les jurés » décideront, dans les formes ordinaires de leurs délibérations, la ques- » tion suivante : Le coupable a-t-il commis le crime avec ou sans discer- » nement? »

413. — Il est à remarquer que l'article 66 du Code pénal actuel est conçu dans des termes différents; il nous parle seulement d'accusé ayant moins de seize ans. Même rédaction dans l'article 340 du Code d'instruction criminelle et dans l'article 4 de la loi du 28 avril 1832, qui l'a modifié : « Si l'accusé *a moins de seize ans...* »

Or, lorsque le législateur entend parler d'années accomplies, il s'en explique catégoriquement, comme dans l'article 66 *in fine* : « L'accusé...

» sera... détenu pendant tel nombre d'années que le jugement détermi-
» nera, et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque *où il aura accompli*
» sa vingtième année. » — Autre exemple dans l'article 70 : « Les peines
» de... ne seront prononcées contre aucun individu âgé de soixante-dix
» *ans accomplis* au moment du jugement. »

414. — Est-il entré dans les intentions du législateur de 1810 de modifier sur ce point spécial la loi de 1791 et d'adopter, comme il l'a fait dans l'article 376 du Code civil, l'âge de seize ans commencés? Certains auteurs l'ont soutenu; mais l'énorme majorité de la doctrine et la jurisprudence décident que l'article 66 actuel a certainement voulu maintenir l'âge de seize ans accomplis, comme âge de majorité pénale.

415. — Sans doute, on nous objectera qu'il y a lieu d'appliquer ici l'adage « *annus inceptus pro completo habetur.* » Mais cet adage n'est qu'une présomption fort discutable et fort discutée, si bien que, même en matière civile, on refuse quelquefois de l'admettre, notamment dans l'interprétation de l'article 903, relatif à la liberté de disposer (1). Si nous nous plaçons au point de vue grammatical, nous ajouterons, avec M. Dalloz, (2), que le sens des mots ne permet pas de considérer comme âgé de seize ans celui qui est entré seulement dans sa seizième année. Avoir seize ans, cela signifie, en langage usuel, avoir seize fois douze mois : par conséquent, c'est avoir traversé toute sa seizième année et être arrivé à la dix-septième. Donc, tant que la dernière heure de la seizième année n'a pas sonné, l'âge de seize ans n'est pas atteint, la majorité n'est pas acquise et la disposition de l'article 66 est applicable à l'auteur du fait incriminé.

416. — A l'appui de notre interprétation, nous pouvons invoquer la haute autorité de Carnot, Chauveau, Faustin-Hélie, Blanche, dont l'opinion se base sur cet argument que, en matière criminelle, on doit préférer, entre deux interprétations, celle qui est le plus favorable à l'accusé. Or, l'interprétation la plus favorable à l'accusé est celle qui donne à la minorité la durée la plus longue, car, majeur, le coupable est l'objet de

---

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 4e édition, t. II, p. 262 et 263.
(2) Dalloz, *Répertoire alphabétique*, Vo Peine, no 127.

mesures de répression, tandis que, mineur, il est arraché à des influences démoralisatrices et il est soumis à des mesures d'éducation et de rénovation.

417. — Nous parlions tout à l'heure de la jurisprudence comme favorable à notre interprétation; plusieurs Cours d'appel, tout au moins, admettent que le mot « *accompli* » doit être suppléé dans la plupart des dispositions de la loi relatives à la question d'âge. Citons au hasard un arrêt du 17 mai 1888, dans lequel la Cour de Nîmes a jugé que « s'il est » vrai que, dans une foule d'articles de nos Codes où il est question de » conditions d'âge, le législateur a fait suivre l'âge de ces mots, — » *accomplis* ou *révolus*, — il est vrai aussi que, dans une foule d'autres, » il ne l'a pas fait et que, néanmoins, dans l'application de ces derniers » articles, on a toujours agi comme si les mots *révolus* ou *accomplis* y » avaient été insérés; qu'il est de règle que l'âge se compte *de momento* » *ad momentum*, que c'est pour ce motif que l'officier de l'état civil, » lorsqu'il dresse un acte de naissance, doit, non seulement indiquer » l'année et le jour où l'enfant qui lui a été présenté est né, mais encore » l'*heure* » (art. 57 C. civ.) » (1).

418. — Ajoutons un dernier argument tiré des travaux préparatoires de la loi. Dans la séance du 13 février 1810, M. Riboud, membre de la commission de législation, a parlé de seize ans *accomplis* dans son *Rapport au Corps législatif sur la loi formant le Livre II du Code des délits et des peines :* « Pour déterminer l'influence que peut avoir l'âge » de l'individu qui *n'a pas accompli* sa seizième année, il est nécessaire » de faire une distinction, admise dans le Code de 1791, et conservée » dans celui de 1810 : elle a pour objet de vérifier s'il a agi avec discer- » nement, ou non. »

419. — Ainsi donc, nous considérons comme indiscutable, si nous osons nous exprimer ainsi, que la majorité pénale est fixée à *seize ans accomplis* et qu'elle n'est acquise qu'à l'instant où, *de momento ad momentum*, il s'est écoulé seize fois douze mois depuis l'heure de la naissance.

---

(1) Nîmes, 17 mai 1888 : Sirey 1889. 2. 109. — La Cour de Nancy a décidé aussi que la majorité se compte *de momento ad momentum* : 10 mars 1888 : Sirey 1889. 2. 105 : voir la note qui est sous cet arrêt.

Section II. — A quel moment faut-il se placer pour déterminer la majorité pénale ?

420. — Pour répondre à cette question, il suffit de lire attentivement l'article 66 du Code pénal ; il établit une présomption de non culpabilité en faveur du mineur de seize ans et ordonne aux juges d'examiner s'il a *agi* avec discernement, ou non. S'il a *agi*, dit le texte : il s'agit donc d'une *action*, et de quelle action l'article pourrait-il s'occuper, si ce n'est de celle qui a motivé les poursuites ?

421. — C'est donc au moment de l'*action* qu'il faut se reporter, pour savoir si l'accusé a plus ou moins de seize ans ; peu importe qu'il ait accompli sa seizième année avant le jugement. Il est clair, en effet, que la culpabilité ne peut s'apprécier qu'au moyen des circonstances qui ont accompagné la perpétration de l'acte. Comment les circonstances postérieures à la faute en elle-même pourraient-elles en modifier la gravité et exercer une influence quelconque sur la culpabilité de l'agent ? De ce que ce dernier comprend, nous le supposons, à l'heure du jugement, l'importance du fait qu'on lui reproche, s'ensuit-il que, au moment du crime, il en ait eu une notion aussi exacte ? Le crime est la résultante d'un état d'âme passager : cet état d'âme ne survit pas à la consommation de l'acte dont il est la cause. C'est lui qu'il faut saisir, qu'il faut analyser, pour savoir s'il s'en dégage pour l'accusé une responsabilité complète, atténuée ou négative. Et l'on ne peut le saisir qu'au moment précis où il se révèle par l'accomplissement d'un fait délictueux.

422. — Ici encore, la doctrine (1) et la jurisprudence paraissent unanimes à soutenir cette version. Dès 1818, la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 septembre, reconnut le bien fondé de notre opinion : « attendu, » disait-elle, « que des pièces produites, il demeure constant » que Bertrand Olive, réclamant, était âgé de moins de seize ans, *lors-* » *qu'il a commis le crime* pour lequel il a été condamné, » et elle annula

---

(1) Garraud, *Traité*, I, p. 342, note 26 et les renvois.
Faustin-Hélie, *Pratique criminelle*, II, p. 81.



l'arrêt de la Cour d'assises qui avait omis de faire à cet accusé l'application des articles 66 et 67 du Code pénal (1).

423. — Est-ce que la Cour de cassation se serait déjugée dans un arrêt du 19 avril 1821 ? (2) M. Garraud le prétend ; mais le savant auteur nous semble se méprendre. La Cour pose en principe dans cet arrêt que, si l'accusé n'a pas produit son acte de naissance, il y a présomption légale qu'il n'était point âgé de moins de seize ans *lors du crime* dont il a été déclaré coupable. Qu'il y ait lieu d'admettre la présomption légale dont parle la Cour, c'est ce que nous discuterons plus loin ; il nous suffit, pour l'instant, de faire remarquer à M. Garraud, qui semble n'y avoir pas prêté attention, que la Cour de cassation envisage, dans cet arrêt comme dans le précédent, le moment du crime et que sa décision, sur ce point, du moins, vient à l'appui de la doctrine que nous soutenons.

424. — D'ailleurs, depuis cette époque, dans un arrêt du 26 septembre 1850 (3), la Cour de cassation a très explicitement affirmé que la question de savoir si l'accusé a moins de seize ans, ayant pour objet un fait essentiellement modificatif de la criminalité, doit être posée au jury, toutes les fois que les énonciations de l'arrêt de mise en accusation ou les résultats du débat paraissent l'indiquer. Puisqu'il s'agit d'un fait essentiellement modificatif de la criminalité, c'est le moment où cette criminalité prend naissance, autrement dit, le moment du crime qu'il faut seul considérer.

425. — Un arrêt plus récent de la Cour suprême consacre cette interprétation avec plus de précision encore. Voici l'espèce : un individu avait commis deux vols dans le courant du mois de mars 1880 : il n'accomplissait sa seizième année que le 19 mars de la même année. La Cour d'Orléans l'avait condamné sans se préoccuper de la question de discernement. La Cour suprême a cassé cet arrêt, parce qu'il existait une incertitude complète sur la question de savoir si la perpétration de ces vols avait eu lieu, soit avant le 19 mars, — cas auquel il eût été

---

(1) Cass., 17 septembre 1818 : Dalloz, *Répertoire alphabétique*, V° *Instruction criminelle*, n° 2572, p. 643, note 2.
(2) Cass., 19 avril 1821, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, année 1821, p. 167.
(3) Sirey, 1850, 1. 691.

indispensable de déclarer que le prévenu avait agi avec discernement, — soit postérieurement audit jour, condition nécessaire pour permettre l'application pure et simple qui avait été faite par la Cour d'Orléans de l'article 401 du Code pénal. Dès lors, les constatations de l'arrêt étaient insuffisantes pour justifier la condamnation prononcée : cette condamnation, manquant de base légale, ne pouvait être maintenue, et il y avait lieu de casser l'arrêt attaqué.

426. — Aux raisons invoquées jusqu'ici, nous pouvons ajouter ce principe : que le coupable ne doit pas souffrir des lenteurs de la justice. La décision, pour lui, doit être la même que s'il avait été pris et condamné à l'instant même où il a commis le crime. Le châtiment suivant immédiatement la faute : ce serait la justice idéale. Pratiquement elle est impossible, mais tous les efforts du législateur doivent tendre vers sa réalisation : c'est le phare que ne doit jamais perdre de vue l'exégète de la loi.

427. — Notre conclusion est donc qu'on doit se placer au moment de l'infraction, pour savoir si le jeune inculpé est ou non majeur de seize ans.

SECTION III. — **Qui doit prouver la majorité ?**

428. — Le mineur de seize ans est protégé par une présomption d'irresponsabilité : c'est là un point qu'il ne faut pas perdre de vue pour arriver à la solution de cette question : « La loi présume, » dit M. Lainé (1), » que le mineur de seize ans a commis le fait sans discernement; elle » ne présume le discernement qu'à compter de l'âge de seize ans. Le » ministère public doit donc établir que l'inculpé avait cet âge. C'est » alors seulement que l'inculpé aura à la fois contre lui la preuve qu'il » est l'auteur du fait et la présomption qu'il en est pénalement responsable, et devra succomber, s'il ne détruit pas cette dernière charge. » Jusque-là il n'avait aucune preuve à fournir. »

(1) Lainé, *Traité élémentaire de Droit criminel*, p. 46.

429. — La production de l'acte de naissance constitue le moyen de preuve régulier et concluant (1); et, comme cet acte fait foi jusqu'à inscription de faux, aucune difficulté ne s'élèvera, si le mineur peut en mettre un extrait sous les yeux du juge. Dans le cas contraire, c'est au ministère public de le demander et de le joindre aux pièces (2). Une circulaire du Ministre de la Justice donnait déjà en 1842 des instructions en ce sens. « Il est indispensable, » écrivait le ministre, « de se procu-
» rer, avant le jugement, l'acte de naissance des enfants poursuivis.
» Cette pièce peut seule faire connaître si l'article 66 du Code pénal est
» applicable, et quelle peut être la durée de la détention. Dans les cir-
» constances rares où cette production est impossible, il faut y suppléer
» en employant tous les moyens propres à constater l'âge des prévenus.
» En pareil cas, les tribunaux, au lieu de fixer la détention jusqu'à un
» certain âge, doivent déterminer le nombre d'années qu'elle va durer,
» en évitant soigneusement de dépasser l'époque présumée où les enfants
» auront atteint leur vingtième année. Ce dernier mode est plus con-
» forme au texte de l'article 66, qui indique avec précision l'époque de
» la libération; je pense qu'il convient de l'employer de préférence,
» même quand l'âge a été authentiquement constaté. »

430. — Mais il arrive bien souvent qu'on a affaire à des enfants vagabonds et abandonnés, qui sont dans l'impossibilité absolue d'établir leur âge par une pièce quelconque, dont on ne découvre nulle part l'acte de naissance : dans ces conditions devra-t-on présumer la minorité en faveur du mineur, ou devra-t-on, jusqu'à preuve du contraire, le tenir pour majeur?

Nous n'hésitons pas à répondre que la présomption est en faveur de l'inculpé, et qu'il échet au ministère public d'établir la preuve contraire. M. Ortolan est de cet avis : « Une présomption, » dit il, « n'est qu'une
» indication tirée à l'avance de ce qui arrive communément en règle
» générale. Or, c'est une règle générale que tous les hommes passent
» par l'âge de minorité, avant de parvenir à un âge plus avancé. Si donc
» le ministère public prétend que l'inculpé avait plus de seize ans révo-

(1) Ortolan, t. I, n° 288 : *Eléments de Droit pénal.*
(2) Blanche : *Etudes pratiques sur le Code pénal,* t. II, p. 421, n° 296.

» lus, comme il s'agit d'une condition essentielle dans la question de » culpabilité, c'est à lui à prouver que cette condition existe » (1).

431. — Contrairement à cette version, la Cour de cassation, par arrêt du 19 avril 1821, — l'arrêt Picard, — a jugé que, faute par l'accusé de produire un acte de naissance constatant son âge, il y avait présomption qu'il n'était pas âgé de moins de seize ans, lors du crime dont il était déclaré coupable, et qu'ainsi il n'y avait pas lieu de poser à son égard la question de discernement (2).

432. — Il nous paraît impossible d'admettre une pareille présomption qui ne s'appuie sur aucune disposition de la loi : l'âge de l'accusé est un fait, un élément d'aggravation ou d'atténuation de la peine, et il nous semble que, en cas de doute, ce fait doit, comme tous les autres, être soumis à l'appréciation du juge, car, de ce que la preuve authentique d'un fait n'est pas produite, comment conclure qu'elle n'existe pas? Comment d'une simple omission induire une présomption légale? Cette présomption, ne devrait-elle pas d'ailleurs exister également en faveur de l'accusé? Et, puisque l'âge de seize ans accomplis est une circonstance défavorable pour lui, n'est-ce pas au ministère public de l'établir? Il est vrai que, dans l'espèce, l'accusé n'avait produit qu'après sa condamnation un acte de naissance, duquel il résultait qu'il n'avait pas seize ans; et la Cour de cassation, en rejetant son pourvoi, motiva surtout le rejet sur ce qu'il n'est pas dans ses attributions de juger le mérite des actes qui n'ont pas été produits devant les tribunaux qui ont rendu le jugement attaqué.

433. — La décision était juridique en soi, mais la formule du motif sur lequel la Cour s'appuyait était un peu trop large. Aussi cette décision a-t-elle soulevé de vives critiques. « Faudra-t-il que l'accusé, » a dit M. Carnot (3), « porte sa tête sur l'échafaud, lorsqu'il pourrait être si » facilement constaté qu'il n'avait pas réellement l'âge de seize ans » accomplis, quand il s'était rendu coupable? La poursuite des crimes » doit être faite à charge et à décharge, et, l'accusé n'aurait pas allégué

---

(1) Ortolan, *Eléments de Droit pénal*. t. I, n° 287. — M. Ortolan fait le même raisonnement pour la question de discernement.

(2) Cass. 19 avril 1821 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, année 1821, p. 167.

(3) Carnot, *Code pénal*, t. I, p. 259, cité par Chauveau et Faustin-Hélie, op. cit. p. 525

» qu'il n'était pas âgé de seize ans accomplis, qu'il serait du devoir du
» ministère public de s'en assurer ; si le ministère public a négligé de
» remplir ce devoir sacré, l'accusé devra-t-il devenir la victime d'une
» telle imprévoyance? Cependant il le deviendrait, si, son acte de nais-
» sance à la main, il n'en devait pas moins subir une peine qu'il n'au-
» rait pas encourue? »

434. — En 1850, la Cour de cassation fut saisie d'une affaire analogue, l'affaire Peyssel. Mᵉ Lauvin, qui soutenait le pourvoi, affirma que la présomption légale dont la Cour avait consacré l'existence, dans les motifs de l'arrêt de 1821, était une hérésie.

Qu'est-ce, en effet, en matière criminelle, disait-il, qu'une présomption légale contre la défense, alors qu'aucun texte ne vient révéler son existence? — Qu'est-ce qu'une présomption légale à l'aide de laquelle un accusé, quel que soit son âge, serait-il un enfant de trois ou quatre ans, pourrait être frappé des peines les plus sévères, même de la peine de mort? Est-ce que les articles 66 et 67, en ce qu'ils prescrivent l'acquittement des accusés ayant agi sans discernement, ne sont pas des lois d'ordre public? Est-ce qu'il est possible d'admettre des présomptions dont l'application peut mener à la violation des lois d'ordre public? Et puis, l'âge de moins de seize ans, c'est ce qui atténue la criminalité, c'est ce qui l'efface et la fait disparaître complètement, tandis que l'âge de seize ans accomplis, c'est ce qui constitue la criminalité dans sa plénitude, avec toutes les conséquences pénales. L'âge de seize ans accomplis est donc à l'âge de moins de seize ans ce que la culpabilité est à l'innocence. Or, dire que, quand l'accusé ne prouve pas par son acte de naissance qu'il a moins de seize ans, il y a présomption légale qu'il a seize ans accomplis, c'est-à-dire, que, quand l'accusé ne prouve pas son innocence, il y a présomption légale qu'il est coupable, c'est méconnaître les principes les plus élémentaires du droit. Cette présomption légale, d'ailleurs, a déjà été repoussée par d'autres arrêts de cassation des 17 septembre 1818, 20 avril 1827 et 4 mai 1839 (1) : elle est énergiquement flétrie par tous les auteurs (2).

---

(1) *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, années 1818, p. 380, — 1827, p. 241, — 1839, p. 223.
(2) Sirey, 1850. 1. 692.

12

435. — La Cour de cassation se rendit aux arguments si brillamment développés par Me Lauvin et rendit, le 26 septembre 1850, un arrêt disposant : « Que, aux termes de l'article 340 du Code d'instruction cri-
» minelle, si l'accusé a moins de seize ans, le président doit, à peine de
» nullité, poser une question de discernement; que la question de savoir
» si l'accusé a moins de seize ans, ayant pour objet un fait essentielle-
» ment modificatif de la criminalité, doit être posée au jury, toutes les
» fois que les énonciations de l'arrêt de mise en accusation ou les résul-
» tats du débat paraissent l'indiquer; que, dans l'espèce, l'ordonnance
» de prise de corps énonce que l'accusé avait près de seize ans à l'époque
» de la perpétration du crime; que cette ordonnance, confirmée par
» l'arrêt de renvoi, fait corps avec cet arrêt; que, néanmoins, ce même
» arrêt, dans son préambule, et l'arrêt de la Cour d'assises, qui en repro-
» duit les termes, portent que l'accusé était âgé de seize ans, mais que
» cette énonciation, qui n'indique point qu'il y ait eu vérification de ce
» fait, ne suffit pas pour détruire la première; que, dès lors, le président
» de la Cour d'assises avait le devoir de soumettre au jury une première
» question sur le point de savoir si l'accusé avait moins de seize ans » (1)

436. — Dès lors, n'en résulte-t-il pas qu'il est nécessaire d'établir l'âge, de la même manière que tous les faits qui servent à la conviction du juge, en le déterminant d'après tous les indices ou moyens possibles de conviction, c'est-à-dire, à défaut d'acte de naissance, par tous moyens de preuve, présomptions, témoins, écrits, etc.? Et ce sera au ministère public de faire la preuve que l'inculpé avait plus de seize ans accomplis, au moment de l'infraction, et non à l'inculpé de prouver qu'il n'avait pas cet âge. Une condamnation ne peut être prononcée, en effet, dit M. Garraud, que si la juridiction compétente a reconnu l'existence de tous les éléments constitutifs de la criminalité, et c'est au ministère public à les établir : or, l'âge est un de ces éléments.

437. — Notre conclusion est donc que, l'âge étant un des éléments de la culpabilité, c'est au ministère public de prouver cet élément, comme les autres :

1° Par l'acte de naissance;

---

(1) Cass., 26 septembre 1850, Sirey, 1850. 1. 692.

2° A défaut d'acte de naissance, par les mêmes moyens qui servent à établir la culpabilité.

Enfin, s'il y a doute, s'il est impossible d'établir l'âge par une preuve quelconque, il faut résoudre la question en faveur du prévenu ou accusé (1).

Section IV. — Quelle est la juridiction compétente pour déterminer la majorité pénale ?

438. — Nous soutiendrons plus loin que la minorité de seize ans constitue une cause de non-imputabilité, quand il n'y a pas de discernement, et une excuse atténuante dans le cas contraire. Or, en règle générale, la question d'excuse ne peut être résolue que par le juge chargé de statuer définitivement sur le fait incriminé, et, par conséquent, il n'appartient de l'examiner, ni au juge d'instruction, ni à la chambre des mises en accusation. En effet, dit M. Blanche, l'excuse n'est pas une cause justificative du crime ou du délit ; elle lui laisse, au contraire, son caractère intrinsèque et n'en modifie que les conséquences pénales. Le fait incriminé demeurant ce qu'il est, malgré l'excuse dont il est accompagné, et, par conséquent, restant dans la compétence du juge auquel il est dévolu, il s'ensuit nécessairement que la question d'excuse ne peut être vidée que par ce même juge ; mais, dans notre cas, il appartient au juge d'instruction et à la chambre des mises en accusation d'examiner et de résoudre une question d'excuse éventuelle. Ce droit, ils le tiennent de la nature même des choses. Appelés à régler la compétence, et la compétence ne pouvant se déterminer que par l'âge du prévenu, il est clair qu'ils peuvent et même qu'ils doivent rechercher et décider si celui-ci est ou non mineur de seize ans. En conséquence, lorsque le juge d'instruction réglera la procédure, conformément aux dispositions des articles 127 et suivants du Code d'instruction criminelle, il devra, dans le cas où la minorité de seize ans exerce une influence sur la compétence, reconnaître et déclarer que le prévenu a ou n'a pas cet âge.

(1) Ortolan, *Eléments de Droit pénal*, I, n° 288. — Garraud, *Traité*, I, p. 312.

439. — Ici se présente une difficulté. Supposons que le juge d'instruction décide que l'affaire, à raison de l'âge de l'accusé, doit être renvoyée devant le tribunal correctionnel. Cette décision, s'il s'agit d'un crime, devra-t-elle être soumise à la chambre des mises en accusation ? La question s'est présentée devant les tribunaux dans les circonstances suivantes :

Antoine Rambault était poursuivi à raison d'un vol qualifié, dont la peine était celle des travaux forcés à temps; il était âgé de moins de seize ans et n'avait pas de complices présents au-dessus de cet âge. Renvoyé directement par ordonnance de la chambre du conseil devant le tribunal correctionnel de Neufchâtel, il avait été, en définitive, l'objet d'un jugement dont il croyait avoir à se plaindre. Le pourvoi qu'il forma était fondé sur ce que, prévenu de faits qualifiés crimes, il avait été directement renvoyé devant le tribunal correctionnel, par ordonnance de la chambre du conseil, tandis que, suivant l'article 133 du Code d'instruction criminelle, les pièces de la procédure devaient être transmises au procureur général, pour être statué par la chambre des mises en accusation. Son pourvoi fut rejeté « attendu que l'article 130 du Code » d'instruction criminelle prescrit aux chambres du conseil des tribu- » naux de première instance de renvoyer le prévenu devant le tribunal » correctionnel, si le délit est reconnu de nature à être puni de peines » correctionnelles; que l'article 133 du même Code n'ordonne l'envoi » des pièces au procureur général que lorsque les juges estiment que le » fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes; que, » aux termes de l'article 68 du Code pénal, l'individu âgé de moins de » seize ans, qui n'a point de complices présents au-dessus de cet âge et » qui est prévenu de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la » peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, la peine de la » déportation ou celle de la détention, doit être jugé par les tribunaux » correctionnels; que le demandeur était prévenu d'un vol qualifié dont » la peine est celle des travaux forcés à temps; qu'on ne lui imputait » pas d'avoir des complices : qu'il n'y avait donc pas lieu à suivre les » formes tracées par l'article 133 du Code d'instruction criminelle » (1).

(1) Cass., 20 avril 1850, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1850, p. 206.

440. — On a critiqué cet arrêt, en disant que, pour y adhérer, il faudrait admettre que l'âge change les qualifications du fait : ce que nous contesterons avec une extrême énergie. L'arrêt du 20 avril 1850 ne serait, dans l'opinion de quelques-uns, qu'une conséquence des arrêts du 27 avril 1828 et 9 février 1832, qui portent dans leurs motifs que l'âge fait dégénérer en simple délit le fait commis par le mineur de seize ans et qualifié crime.

441. — Il y a dans cette manière de voir une profonde erreur. Pour déclarer que le juge d'instruction peut renvoyer directement le mineur accusé de certains crimes et qui n'a pas de complice au-dessus de seize ans, devant le tribunal correctionnel, la Cour n'avait pas besoin de dire que l'âge change la qualification du fait; il lui suffisait d'appliquer, — ce qu'elle a fait, — l'article 130 du Code d'instruction criminelle. Cet article, en effet, pour déterminer la juridiction compétente, s'attache, non pas à la *nature du fait* commis, mais à la *nature de la peine* encourue : « Si le » délit est reconnu de *nature à être puni par des peines correctionnelles*, » dit l'article 130; et cela, indépendamment de la qualification juridique du fait commis.

442. — La décision du juge d'instruction n'est que provisoire et indicative de la compétence; elle ne lie pas le tribunal correctionnel. Il en résulte que, si ce tribunal estime que le prévenu n'est pas âgé de moins de seize ans, il peut et doit même, malgré l'ordonnance du juge d'instruction, se déclarer incompétent.

Lorsque l'affaire arrivera devant la chambre des mises en accusation, cette dernière, tout comme le juge d'instruction, examinera et résoudra la question d'âge, qui est de nature à modifier la compétence. Si elle considère, elle aussi, que la minorité est constante, elle renverra l'affaire devant le tribunal correctionnel qui pourra, comme dans le cas où il est saisi par le juge d'instruction, se déclarer à nouveau incompétent. Alors il y aura lieu à un règlement de juge en cassation. Si, au contraire, la chambre des mises en accusation considère que la minorité n'est pas établie, elle mettra le prévenu en accusation et le renverra devant la Cour d'assises.

443. — Mais, alors, la Cour d'assises est irrévocablement saisie ; elle n'a pas le droit, comme le tribunal correctionnel, de se déclarer incom-

pétente, quand bien même elle acquerrait la certitude que l'accusé est âgé de moins de seize ans. Elle sera tenue de le juger, parce que, à l'égard de la Cour d'assises, l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation est *attributif* et non plus seulement *indicatif* de compétence. La Cour de cassation l'a formellement reconnu par un arrêt du 20 avril 1827.

Pierre Boutin avait été renvoyé devant les assises du Lot-et-Garonne par la Chambre des mises en accusation de la Cour d'Agen, pour un crime autre que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, de la déportation ou de la détention. La Cour d'assises, considérant que Pierre Boutin était âgé de moins de seize ans, qu'il n'avait pas de complices au-dessus de cet âge, et que le crime pour lequel il était poursuivi n'emportait ni la peine de mort, ni celle des travaux forcés à perpétuité, ni celle de la déportation ou de la détention, se déclara incompétente. Sur le pourvoi du procureur général près la Cour d'Agen, l'arrêt fut cassé « attendu que la Cour d'assises du département » de Lot-et-Garonne était saisie, en vertu d'un arrêt de renvoi de la » chambre des mises accusation de la Cour royale d'Agen, du jugement » de l'accusation portée contre Pierre Boutin ; que cet arrêt n'était pas » simplement *indicatif* de la compétence, qu'il en était *attributif* et qu'il » n'aurait appartenu qu'à la Cour de cassation de l'annuler, s'il lui eût » été déféré dans le délai prescrit par la loi ; que la Cour d'assises n'avait » pas le droit de le reviser et de l'anéantir, en se déniant, sous prétexte » que l'accusé était âgé de moins de seize ans, la compétence que cet » arrêt lui a attribuée ; que les arrêts des chambres d'accusation, quand » ils ont acquis l'autorité de la chose jugée, lient irrévocablement les » Cours d'assises, parce que, investies de la plénitude de la juridiction » criminelle, elles ne doivent jamais se déclarer incompétentes, soit à » raison de la qualité des personnes, soit à raison de la nature des faits » qui leur ont été déférés ; que la loi du 25 juin 1824 n'a apporté aucune » modification à ces principes ; que, si elle ordonne (art. 1er) que les » individus âgés de moins de seize ans, prévenns de crimes, seraient » jugés correctionnellement, elle n'a pas chargé les Cours d'assises » d'annuler les arrêts qui renverraient mal à propos devant elles ces » individus... » (1).

(1) Cass., 20 avril 1827, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, année 1827, p. 121.

444. — Bien entendu, l'erreur de la chambre des mises en accusation ne fait perdre au mineur que le bénéfice de la compétence correctionnelle : il jouira devant la Cour d'assises de tous les autres avantages résultant de l'excuse de l'âge.

445. — Supposant aplanies toutes les difficultés préalables, nous allons maintenant nous transporter devant la juridiction de jugement. Et d'abord devant la Cour d'assises. En cas de doute sur la question d'âge, qui est-ce qui doit la trancher? La Cour ou le jury? — Quelques auteurs (1) veulent que ce soin soit laissé à la Cour d'assises, se fondant sur ce que les jurés n'ont à délibérer que sur les questions à eux posées en vertu des articles 337 et suivants du Code d'instruction criminelle : or, l'énumération que fait le Code d'instruction criminelle des questions à soumettre au jury ne comprend pas la question relative à l'âge de l'accusé. D'ailleurs, quel inconvénient y a-t-il à faire trancher la question par la Cour d'assises?... Si les jurés estiment que la Cour a commis une erreur, que l'accusé n'avait pas seize ans au moment du crime, n'ont-ils pas la ressource de prononcer son acquittement?

446. — Cette première manière de voir a reçu la sanction de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 1836, cassant un arrêt de la Cour d'assises du département de la Corse, du 9 août 1836, qui avait soumis au jury la question de minorité de seize ans : « Attendu que le » Code d'instruction criminelle énumère toutes les questions qui doivent » être soumises au jury et qu'il ne comprend pas dans cette énumération là question relative à l'âge de l'accusé; attendu que, dans l'ordre » progressif des débats devant la Cour d'assises, lorsque cette question » se présente, elle doit être jugée préalablement à toute position de » question au jury, puisque de sa solution dépend le point de savoir s'il » y a eu lieu de poser au jury la question de discernement, dans le cas » fixé par l'article 340 du Code d'instruction criminelle; que, par conséquent, c'est à la Cour d'assises qu'il appartient exclusivement de prononcer sur l'âge de l'accusé qui se prétend âgé de moins de seize ans;

---

(1) Le Sellyer, *Traité de Droit criminel*. — M. Le Sellyer a, par la suite, abandonné cette opinion, *Traité de la Criminalité*, I. p. 208, n° 112.
Rodière, *Eléments de procédure criminelle*, 2e livraison, p. 270 et 271.

» attendu, néanmoins, que, contrairement à ces principes, la Cour d'as-
» sises du département de la Corse, en l'absence de toute preuve ou
» de document sur l'âge d'Ange-Marie Roghi, et sur l'articulation de cet
» accusé qu'il était âgé de moins de seize ans, au lieu de résoudre elle-
» même cette difficulté, dont le jugement lui appartenait, a posé au jury,
» qui l'a résolue négativement, une question ainsi conçue : « Ledit
» accusé Roghi était-il âgé de moins de seize ans au moment du
» crime? » — attendu que, en procédant ainsi, la Cour d'assises a for-
» mellement violé les règles de la compétence... » (1).

447. — Cet arrêt contient une inexactitude, car le Code d'instruction criminelle renferme implicitement, dans l'énumération des questions à poser, le cas de la minorité de seize ans. En effet, l'article 339 veut que, au cas où il se présente une excuse, le président pose une question à son sujet : or, la minorité de seize ans, nous le verrons, est une excuse atténuante, au cas de discernement, puisqu'elle a pour objet direct et immédiat de mitiger la peine. Par conséquent, par le fait seul qu'elle peut devenir une excuse, elle est comprise dans l'énumération des questions qui doivent être soumises au jury, puisque tous les faits d'excuse, quels qu'ils soient, sont compris dans cette énumération.

448. — En matière criminelle, pouvons-nous ajouter avec M. Lainé, la question d'âge est de la compétence du jury, parce que l'âge est un élément de la culpabilité pénale. Toutes les questions touchant à la culpabilité sont dans les attributions du jury (art. 337 C. d'instr. crim.).

449. — Cet arrêt, d'ailleurs, ne marquait que l'interruption tout à fait momentanée d'une jurisprudence très ferme en sens contraire et remontant bien loin dans le passé. Dès 1811, en effet, la Cour suprême avait décidé que « cette circonstance d'âge doit, selon les articles 340 et
» 346 du Code d'instruction criminelle, donner matière à une question
» dont la décision entre dans les attributions du jury et qu'il ne peut y
» avoir de jury que dans les affaires qui s'instruisent criminellement
» devant les Cours d'assises » (2). Le 20 avril 1827, elle décidait qu'il

---

(1) Cass., 16 septembre 1836. Sirey, 1837, I. 175 et 176.

(2) Cass., 4 avril 1811, Sirey 1811.1. 213 et *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* année 1811, p. 79.

n'appartient qu'au jury de déclarer si, au moment des crimes imputés à l'accusé, il était ou non âgé de moins de seize ans, et la Cour d'assises ne pouvait décider cette question sans sortir des limites de sa compétence (1).

450. — Depuis le curieux arrêt de 1836, la Cour a rendu une série d'arrêts aux dates du 4 mai 1839 (2), du 26 septembre 1846 (3), du 26 septembre 1850 (4), du 3 mars 1881 (5), par lesquels elle a formellement reconnu que c'est au jury seul de trancher la question d'âge, et que le président de la Cour d'assises doit, à peine de nullité, la poser au jury, toutes les fois que de besoin. Tous ces arrêts s'appuyant sur les mêmes motifs, nous nous contenterons de citer celui du 4 mai 1839.

Joseph Haye était accusé d'avoir commis depuis une année plusieurs attentats à la pudeur, consommés sans violence, sur la personne d'un enfant âgé de moins de onze ans. A l'audience, l'âge de l'accusé étant devenu incertain, il n'avait pas fait l'objet d'une question au jury et, néanmoins, la Cour d'assises avait condamné Joseph Haye, comme s'il était reconnu qu'il n'était pas âgé de moins de seize ans. Haye se pourvut contre cet arrêt qui fut annulé par la Cour, « attendu que l'article 340 » du Code d'instruction criminelle veut, à peine de nullité, que la question de discernement soit posée, lorsque l'accusé a moins de seize » ans; que, la nécessité de la position de cette question étant subordonnée à une condition, à savoir, si, au temps de l'action, l'accusé avait » accompli sa seizième année, il est absolument indispensable de constater le fait, toutes les fois qu'il est devenu incertain par les débats; » attendu que la circonstance de l'âge de l'accusé au-dessous de seize » ans est essentiellement modificative de la criminalité; que, aux termes » des articles 66 et 67 du Code pénal, elle efface le crime ou change la » peine, selon que l'accusé est déclaré avoir agi avec ou sans discernement; qu'elle ne peut pas être fixée d'une manière absolue et par la

(1) Cass., 20 avril 1827, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, année 1827, p. 211.
(2) Cass., 4 mai 1839, *Bulletin*, 1839, p. 223 et Sirey 1839. 1. 947.
(3) Cass , 26 septembre 1846, Sirey, 1846. 1. 756.
(4) Cass., 26 septembre 1850, Sirey 1850. 1. 692 et 693.
(5) Cass., 3 mars 1881, *Bulletin*, 1881, p. 106.

» seule considération de l'époque à laquelle l'accusé a pris naissance,
» mais qu'elle doit l'être dans son rapport avec l'époque, souvent incer-
» taine, à laquelle il aurait commis le crime qui lui est imputé ; que cette
» circonstance se lie donc au fait même de l'accusation, qu'elle en forme
» un des principaux éléments : d'où il suit que la solution de la question
» qui la concerne rentre nécessairement dans les attributions du jury ;
» et attendu, en ce qui concerne Joseph Haye, qu'il résulte des circons-
» tances de la cause que les dernières déclarations de l'accusé viennent
» infirmer ou contredire les premières, et que, en l'absence d'un extrait
» des registres de l'état civil servant à constater la naissance, il y a
» incertitude sur le point de savoir s'il était âgé de moins de seize ans
» aux temps auxquels remontent les faits qui lui sont imputés ; que, dès
» lors, il était nécessaire d'en faire l'objet d'une question distincte à
» soumettre au jury, et, pour le cas où elle recevrait une solution affir-
» mative, de poser la question de discernement ; que, omettre ces ques-
» tions, c'était enlever à l'accusé les garanties que la loi avait voulu lui
» donner, et violer à son égard l'article 340 du Code d'instruction cri-
» minelle... »

451. — Telle est la vérité juridique. M. Blanche aurait voulu que ces arrêts reconnussent que la question de minorité doit être posée au jury, moins parce qu'elle est le préliminaire obligé de la question de discernement, que parce qu'elle constitue par elle-même un véritable fait d'excuse. En tout cas, s'il la faut poser toutes les fois qu'une incertitude se manifeste au cours de la procédure, *à fortiori* doit-elle être posée, quand elle est formellement articulée par la défense. C'est la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 1846, annulant un arrêt de la Cour d'assises des Bouches-du-Rhône : « attendu que, dans
» l'espèce, le défenseur de l'accusé a pris des conclusions formelles pour
» établir que celui-ci était âgé de moins de seize ans, au moment où il
» avait commis les crimes à lui imputés ; et que, néanmoins, la Cour
» d'assises a rejeté ces conclusions et refusé de poser au jury la ques-
» tion de l'âge de cet accusé, et, par suite, celle de discernement, en déci-
» dant elle-même qu'il avait plus de seize ans, à l'époque des faits men-
» tionnés dans l'acte d'accusation ; en quoi ladite Cour a commis un
» excès de pouvoir entrepris sur les attributions du jury, privé l'accusé

» d'un de ses moyens de défense, faussement interprété ledit article » 340 et violé cet article et les articles 66 et 67 du Code pénal. »

452. — Concluons : s'il n'y a pas d'incertitude sur l'âge de l'accusé, le président de la Cour d'assises pose directement la question de discernement;

S'il y a doute ou incertitude sur l'âge de l'accusé, le président doit :

1° Soumettre au jury la question de savoir si l'accusé avait seize ans;

2° Subsidiairement, la question de savoir s'il a agi avec discernement. A la suite de la question principale, il posera ces deux questions : « *L'accusé était-il âgé de moins de seize ans, au moment du crime ci-* » *dessus spécifié?* » — « *A-t-il agi avec discernement?* »

Le jury doit examiner la question et la résoudre, en se prononçant, dans le cas de doute, en faveur de l'inculpé.

453. — Si la question d'âge s'élève *devant le tribunal correctionnel*, pas de difficulté. C'est le tribunal qui la résoudra, en ayant soin, au cas de doute, de se prononcer en faveur de l'inculpé.

454. — *Devant le tribunal de simple police*, la question d'âge ne peut être soulevée que si l'on admet, au préalable, la légitimité, devant cette juridiction, de la question de discernement. Nous verrons plus loin que le juge de paix doit en tenir compte : par conséquent, si un doute s'élève dans son esprit sur l'âge de l'agent au moment du fait incriminé, il doit, avant de prononcer sa sentence, trancher cet élément de culpabilité.

455. — Avant de terminer ce chapitre, il nous reste à étudier la question importante que voici : un individu condamné peut-il invoquer pour la première fois le bénéfice de son âge devant la Cour de cassation? — En raison, on ne voit aucun motif plausible d'admettre la négative : car, de ce que la question d'âge n'a pas été soulevée dans le procès, il résulte simplement qu'on n'a pas observé les articles 66 et suivants qui organisent un système de protection des mineurs de seize ans. Or, la loi qui fixe l'âge du discernement est une loi d'ordre public; par conséquent, le prévenu n'a pu y renoncer valablement, même par l'aveu de sa majorité, et la violation de cette loi constitue un moyen de cassation.

456. — Ce fut, en principe, l'opinion adoptée par la Cour de cassation dans deux arrêts fort anciens du 9 messidor, an VIII et du 8 bru-

maire, an IX (1) : elle annula deux décisions de jury de jugement, parce que la question de discernement n'avait pas été posée et qu'il en était résulté une fausse application de la peine.

457. — Depuis lors, elle a constamment soutenu la thèse contraire : citons, en ce sens, trois arrêts des 19 avril 1821, 27 février 1845, 3 mars 1881. Dans son arrêt de 1845, notamment, elle affirmait que « l'accusé » ayant constamment déclaré qu'il était âgé de dix-sept ans, dans tous » les actes de la procédure et devant la Cour d'assises, c'était sur ce fait » ainsi établi par lui-même, et sur lequel il n'avait été élevé aucun doute » que la Cour d'assises avait prononcé ; que c'était avant qu'elle n'eût » statué et lorsqu'elle était saisie de l'accusation, que l'exception résul- » tant de l'âge devait être formée, et que le condamné était non rece- » vable à la proposer pour la première fois devant la Cour de cassa- » tion » (2).

458. — Dans l'affaire de 1881, l'accusé avait constamment déclaré devant le juge d'instruction, dans l'interrogatoire subi devant le président des assises, aux débats, qu'il était âgé de vingt et un ans, sans qu'il s'élevât de contradiction de la part de qui que ce fût. Ces constatations faites, la Cour décidait que, « dès lors, aucune incertitude à cet égard » ne s'étant manifestée à aucune des phases de la procédure, il n'y avait » lieu pour le président d'interroger le jury, ni sur l'âge de l'accusé, ni, » éventuellement, sur la question de savoir s'il avait agi sans discer- » nement. »

Avec son pourvoi devant la Cour, l'accusé avait produit un acte de notoriété, lequel semblait établir que, au moment de la perpétration du crime, il n'avait pas seize ans accomplis. La Cour n'en tint aucun compte, « attendu que, lors même que l'on pourrait considérer cette » pièce comme tenant lieu d'un acte de naissance régulier, c'eût été au » jury seul qu'il eût appartenu de statuer sur la question de fait qui » serait résultée de sa production et que, ladite pièce n'ayant point été » présentée, elle ne peut être produite aujourd'hui pour la première fois

(1) Cass., 9 messidor, an VIII et 8 brumaire, an IX. Dalloz, *Répert alph.* V° Peine, n° 429 et note 1.

(2) Cass., 17 février 1845, Sirey 1845. I. 544 (affaire Derondeau).

» devant la Cour de cassation qui n'a pu être saisie que de l'examen de
» la procédure et de l'arrêt de condamnation » (1).

459. — On ne peut pas s'empêcher de reconnaître qu'il y a dans cet arrêt une observation parfaitement juridique, à savoir, que la Cour de cassation n'a pas à s'occuper des questions de fait, et que la constatation de l'âge est une question de fait. Sans doute, Trébutien objectera (2) que l'inculpé ne peut pas plus renoncer au bénéfice des articles 66 et suivants, qu'il ne peut renoncer à la prescription. Mais il y a peu d'analogie entre ces deux matières; c'est aux autres causes de non culpabilité ou d'excuse que le défaut de discernement doit être comparé. Dans le cas où, contrairement au vœu de la loi, l'on a omis dans le procès de constater soit la démence, soit la contrainte, soit la légitime défense, soit une excuse que l'inculpé aurait pu invoquer, mais que rien n'a révélée et que personne n'a fait valoir, il n'en résulte pas une cause de cassation. Aussi, lorsque la Cour suprême, à propos d'un acte de naissance produit pour la première fois devant elle, a répondu qu'il n'est pas dans ses attributions de juger le mérite des actes qui n'ont pas été produits devant les tribunaux qui ont rendu le jugement attaqué, cette fin de non recevoir était juridique (3).

460. — D'ailleurs, quand la question d'âge n'a pu être soulevée, quand elle n'a même pas été incertaine, est-on fondé à soutenir que la Cour de cassation pourrait baser ses décisions sur une violation de la loi? La loi suppose bien que l'on constatera l'âge de l'inculpé; elle en impose même implicitement le soin au ministère public, aux magistrats de l'instruction et aux juges. Mais elle ne fait pas expressément de cette vérification une formalité à remplir. Sans doute, s'il a été reconnu que l'accusé avait moins de seize ans, l'article 340 du Code d'instruction criminelle exige, à peine de nullité, que la question de discernement soit posée. Sans doute aussi, ce texte, au cas où la procédure a signalé quelque incertitude sur l'âge de l'accusé, en rend la vérification nécessaire, parce que la question, se trouvant par là-même soulevée, ne saurait être

---

(1) Cass., 3 mars 1881, *Bulletin*, 1881 p. 106.
(2) Trébutien, *Cours élémentaire de Droit criminel*, I, 119.
(3) Le Sellyer, *Traité de la criminalité*, n° 113, p. 210 et 211.

négligée sans illégalité. Mais, lorsque rien n'a attiré l'attention sur l'âge de l'inculpé, la loi, n'ordonnant pas formellement de le vérifier, n'a pas été violée.

461. — Voilà donc une jurisprudence qui, pour être fondée en droit, n'en aboutit pas moins à ces deux conséquences fort regrettables : la première, c'est que le mineur qui parvient à découvrir son âge avant l'expiration des délais de cassation ne puissese prévaloir de sa minorité et soit obligé de subir la peine criminelle qui lui a été infligée ; la seconde, c'est qu'un mineur, pour éviter un long internement dans une maison de correction, qu'il redoute, et auquel il préfère une peine d'emprisonnement, puisse impunément tromper les magistrats, se jouer de la loi et régler sa situation par un tissu de mensonges.

462. — Ces conséquences paraissent trop pessimistes à M. Laîné : « on pourra, » dit-il, « par la grâce ou la commutation de peine, empê- » cher les effets d'une condamnation prononcée à tort contre un mineur » de seize ans dont l'âge est demeuré ignoré pendant le procès. »

463. — Remède illusoire, a notre avis : du moment qu'on reconnaît qu'une condamnation est injuste, il faut que, légalement, elle puisse toujours être réparée. Sinon, la justice ne mérite pas son nom, et il nous semble que c'est amoindrir sensiblement le respect dû à ses décisions que compter sur la grâce ou une commutation de peine, toujours problématiques, pour réparer une injustice.

464. — Le remède, à notre avis, existe aujourd'hui dans l'article 443 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 10 juin 1895. Aux termes de cet article, « la revision pourra être demandée, en matière » criminelle ou correctionnelle, quelles que soient la juridiction qui ait » statué et la peine qui ait été prononcée... 4° lorsque, après une con- » damnation, un fait viendra à se produire ou à se révéler, ou *lorsque* » *des pièces inconnues lors des débats* seront représentées *de nature* à » établir l'innocence du condamné. »

465. — On nous objectera que la loi du 10 juin 1895 n'a pas prévu l'hypothèse dont nous nous occupons ; que l'article 443, lorsqu'il parle de fait ou de pièces de nature à établir l'innocence du condamné, entend la non culpabilité absolue du condamné.

466. — Il nous semble que c'est mal interpréter la loi. Oui ou non,

la minorité de seize ans, au cas de non discernement, entraîne-t-elle l'innocence de l'accusé? — Il n'y a, pour se convaincre de l'affirmative, qu'à lire l'article 66 qui parle d'*acquittement* (1) et crée une présomption d'innocence en faveur du mineur. Par conséquent, n'est-il pas vrai de dire que la pièce produite après jugement et établissant la minorité du condamné au moment de l'acte incriminé est *de nature à établir* l'innocence du condamné? et ce cas n'entre-t-il pas, comme les autres, dans les prévisions de l'article 443? D'ailleurs, dans le doute, il faut appliquer la loi la plus favorable à l'accusé. En permettant la revision du procès dans le cas où la question de minorité n'a été ni soulevée, ni incertaine, ne serait-ce pas un moyen d'assurer l'application équitable de la loi et le respect des décisions de la justice?...

---

(1) Voir plus loin notre discussion sur la nature de l'acquittement prononcé, quand le mineur a agi sans discernement.

CHAPITRE VI

Le Mineur et la question de discernement

467. — Débutons par une parole de M. Riboud dans son rapport au Corps législatif : « Pour déterminer, » dit-il, « l'influence que peut avoir » l'âge de l'individu qui n'a pas accompli sa seizième année, il est néces- » saire de faire une distinction admise dans le Code de 1791 et conservée » dans celui de 1810 ; elle a pour objet de vérifier s'il a agi avec discer- » nement ou non. »

468. — Tout délit, en effet, en dehors de son élément légal et de son élément matériel, comprend un élément moral, essentiel à son existence. Il ne suffit pas qu'il y ait eu violation de la loi pénale ; il faut, pour que cette violation constitue un délit et soit punissable, qu'elle soit l'œuvre d'un agent responsable, c'est-à-dire, doué d'intelligence et de liberté.

469. — Or, le mineur n'a pas toujours une intelligence suffisante des conséquences de ses actes pour être déclaré responsable : le juge aura donc à rechercher si l'intelligence de l'agent permet d'affirmer son imputabilité ; mais comme le moment précis où s'éveille le sens moral est un fait mystérieux, souvent insaisissable, toujours difficile à établir, dont la détermination ne pouvait être laissée à la seule appréciation des juges, la loi consacre, au profit des mineurs de seize ans, une présomp- d'irresponsabilité qu'il faut écarter, si l'on veut imputer à un mineur un fait délictueux, par lui commis (1).

470. — Voilà pourquoi, aux termes de la loi, une double question doit être posée aux jurés appelés à prononcer sur un crime commis par

---

(1) Glasson, *Eléments de Droit français*, t. II, p. 457.

un mineur de seize ans : 1° la question de culpabilité, conformément à l'article 337 du Code d'instruction criminelle : « L'accusé est-il coupable » d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les » circonstances comprises dans l'acte d'accusation? » — 2° Une question spéciale, qui vient après la question de culpabilité, aux termes de l'article 340 du Code d'instruction criminelle : « Si l'accusé a moins de seize » ans, le président posera, à peine de nullité, cette question : l'accusé » a-t-il agi avec discernement? »

471. — Inutile de résoudre la question de discernement, si le jury tranche par la négative la question de culpabilité. Ce n'est qu'au cas de réponse affirmative sur la culpabilité, que le jury résout la question de discernement, soit affirmativement, soit négativement (1).

472. — Nous diviserons notre chapitre en deux sections, dont les titres seront les suivants :

Section I. — Qu'est-ce que le discernement?

Section II. — La question de discernement se pose-t-elle devant toutes les juridictions ?

SECTION I. — Qu'est-ce que le discernement ?

473. — Dans notre législation, cette expression est technique pour le mineur de seize ans, répond M. Ortolan (2), et elle est parfaitement appropriée au jeune âge, car l'expression de discernement suppose dans la personne de l'agent, la lumière naissante des facultés morales : on se demande si cette lumière a été suffisante pour que l'agent ait discerné, ait vu clairement le juste ou l'injuste de ses actes.

Cela est bien écrit, mais ne nous dit pas clairement ce qu'il faut entendre par discernement.

474. — Pour M. Guillot, la loi s'est tirée de la difficulté philosophique qu'il y a à le définir en ne le définissant pas. Cependant, il faut bien éclaircir cette question obscure et déterminer le sens de ce mot ! —

(1) Villey, *Précis d'un cours de Droit criminel*, p. 111.
(2) Ortolan, *Eléments de Droit pénal* t. I, n° 299, p. 125 et 126.

Devons-nous, dit-il, voir dans l'absence de discernement l'absence de raison? Nous ne le pensons pas! quand un inculpé, qu'il soit enfant ou homme fait, est en état de démence ou d'idiotisme, aucune responsabilité pénale ne peut exister pour lui et, sur les rapports des médecins, il est mis à la disposition de l'administration qui, en vertu des dispositions de la loi de 1838, le fait, sans jugement, interner dans une maison de santé. L'absence de discernement ne doit donc pas être confondue avec la maladie mentale.

475. — Faut-il entendre par non discernement la méconnaissance complète de ce qui est licite et de ce qui est défendu? — Un esprit frappé d'un tel aveuglement ressemblerait à s'y méprendre à celui d'un aliéné; or, la plupart des enfants qui comparaissent devant les tribunaux correctionnels, surtout dans les villes, où une sorte de surchauffage amène le développement précoce, sont fort intelligents : le Code pénal, avec ses sévérités et ses indulgences, n'a pas de mystère pour eux (1).

476. — Feuilletons un peu l'ouvrage de M. Appleton pour connaître son avis sur la question : Veut-on parler, dit-il, du discernement juridique, de celui qui consiste à savoir qu'il y a des gendarmes et des prisons, que tel fait amène une arrestation? L'enfant acquiert ce discernement-là beaucoup plus rapidement qu'on ne le pense. Dans le milieu où se recrutent les jeunes délinquants, ces choses-là se savent vite. Dès l'âge le plus tendre, l'enfant en est instruit par la triste et précoce expérience que lui donnent les exemples qu'il a sous les yeux, les conversations quotidiennes qu'il entend, parfois même, les souvenirs de son histoire personnelle. Si l'on lie les deux questions de pénalité et de discernement juridique, beaucoup d'enfants devront encourir les rigueurs de la loi pénale.

477. — Devons-nous entendre, au contraire, par discernement, le discernement moral, celui qui consiste à distinguer, au point de vue de la conscience, le bien du mal? M. Appleton croit pouvoir affirmer que, dans l'immense majorité des cas, l'enfant qui commet un délit ne l'a jamais. Pour distinguer le bien du mal, pour comprendre qu'il y a une

---

(1) Guillot, p. 318 et 349.

vie honnête et une autre qui ne l'est pas, il faut pouvoir faire la comparaison. Or, dans les milieux où vivent les jeunes délinquants, cette comparaison est impossible. N'ayant jamais eu que le mal sous les yeux, ils ne peuvent pas distinguer le bien du mal. Si donc, on ne déclare punissable que les enfants qui possèdent le discernement moral, c'est à peine si, dans quelques très rares hypothèses, les tribunaux correctionnels pourront condamner des enfants (1).

478. — La théorie du discernement et du non discernement n'est donc pas facile à établir. Jusqu'ici, les auteurs auxquels nous avons emprunté les lignes précédentes, nous ont dit ce que n'est pas le discernement, mais ne ne nous ont point dit ce qu'il est. Eh bien, dussions-nous paraître téméraire, nous allons essayer d'en donner une définition.

479. — Le discernement nous semble être la capacité d'apprécier les conséquences matérielles de l'acte commis et sa portée sociale. L'enfant a-t-il cette capacité? Nous répondrons en faisant appel aux remarques que nous avons pu faire jusqu'ici dans la pratique des affaires criminelles. — Eh bien, non! en règle générale, l'enfant n'a pas cette capacité; il ignore les conséquences, même immédiates, de la mauvaise action dont il se rend coupable, tout en sachant, cependant, qu'il fait mal. En effet, s'il agit quelquefois sous l'influence d'un mouvement impulsif, — coup de couteau à un camarade dans une rixe, etc., — plus souvent il hésite, il prend des précautions pour échapper à tous les regards; s'il est surpris, il mentira effrontément. Il a donc conscience de sa mauvaise action; mais elle n'est pas plutôt accomplie que les conséquences se dressent devant lui : il en a peur : il ne les avait pas prévues. C'est tellement vrai, que les enfants sont déterminés souvent à commettre les actes les plus graves par des motifs futiles : un enfant, qui avait frappé d'un coup de couteau un de ses camarades, répondait à ceux qui lui demandaient le motif de cette action qu'il était heureux quand il se vengeait; — il nous souvient d'avoir défendu devant la quatrième chambre de la Cour de Bordeaux un gamin qui avait mis le feu à une énorme meule de foin, risquant ainsi d'occasionner un désastre, car,

(1) Appleton, p. 10.

tout à proximité, se trouvait un paquet de maisons. Au président qui l'interrogeait, l'enfant répondit, tout en larmes, qu'il avait voulu « faire une niche » à des camarades couchés de l'autre côté de la meule.

480. — Dans les deux cas que nous venons de citer, à titre d'exemples, l'enfant, tout en sachant qu'il commettait une action mauvaise, ne se rendait pas compte des terribles conséquences qui pouvaient en résulter. Nous croyons pouvoir affirmer qu'il en est ainsi le plus souvent. Or, on ne doit pas perdre de vue que ce qu'il faut trouver chez l'agent, pour être autorisé à le déclarer coupable, ce n'est pas telle faculté de l'intelligence, mais bien la faculté la plus haute, la raison morale, la conception du juste et de l'injuste; que cette faculté elle-même suit des gradations et se présente avec des nuances successives dans son développement : tel, en effet, apercevra déjà la violation de droit qui existe dans les violences contre les personnes, qui n'appréciera pas encore aussi nettement celle contenue dans les atteintes à la propriété, moins encore celle des atteintes contre la foi publique, fausse monnaie, faux billets de banque et les divers genres de faux; moins encore celles qui tiennent plus intimement à l'organisation générale de l'état social, aux droits et aux devoirs politiques. D'où il suit que ce qu'il faut pour constituer la culpabilité, c'est la conception du juste et de l'injuste, non pas en général, mais spécialement dans le fait particulier, objet de la poursuite : voilà ce qui est compris dans le mot de discernement; et la question doit être résolue, non pas sur un indice isolé, sur une épreuve après coup, mais par tout l'ensemble des faits et de l'étude de l'agent, d'après une conviction consciencieuse : le doute doit profiter à l'inculpé (1).

SECTION II. — **La question de discernement se pose-t-elle devant toutes les juridictions?**

481. — Nous venons de voir que le discernement est la capacité d'apprécier les conséquences matérielles d'un acte et sa portée sociale :

(1) Ortolan, *Eléments de Droit pénal*, I, nº 289, p. 122.

ce qui nous amène à conclure, avec M. Garraud, que l'obligation de l'examiner et de la résoudre, comme l'obligation d'examiner et de résoudre la culpabilité, s'impose *à toute juridiction de jugement* et que la preuve que cet examen a été fait doit résulter des motifs des arrêts et jugements. Les juridictions d'instruction, au contraire, n'ont pas à l'examiner parce que le renvoi de la poursuite résultant de l'absence de discernement n'est pas pur et simple et que les articles 66 et 68 paraissent n'autoriser que les juridictions de jugement à l'envoi en correction du mineur acquitté (1).

Comme nous le verrons, au cours des explications qui vont suivre, la Cour de cassation a fréquemment consacré ces principes.

482. — Nous allons, par conséquent, suivre le mineur devant la Cour d'assises, la police correctionnelle, le tribunal de simple police, les tribunaux d'exception, en consacrant à chacune de ces juridictions un paragraphe spécial.

§ Ier. — Le Mineur est traduit devant la Cour d'assises

483. — En matière de crimes, conformément à l'article 337 du Code d'instruction criminelle, on commence par demander au jury, dans une première question, si l'accusé est coupable d'avoir commis le crime relevé par l'acte d'accusation : « La question résultant de l'acte d'accu- » sation sera posée en ces termes : L'accusé est-il coupable d'avoir com- » mis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circonstances » comprises dans le résumé de l'acte d'accusation? » (art. 337). — Toutes les autres questions d'âge, de discernement, sont subordonnées à la question de culpabilité; puis, quand il n'y a aucune contestation sur l'âge, on pose, conformément à l'article 340, cette seconde question spéciale et éventuelle : l'accusé, âgé de moins de seize ans, a-t-il agi avec discernement? « Si l'accusé a moins de seize ans, le président posera, à » peine de nullité, cette question : L'accusé a-t-il agi avec discernement? » (art. 340).

(1) Garraud, *Précis de Droit criminel*, p. 154 et note 1.

484. — L'article 340 du Code d'instruction criminelle rectifie, à ce point de vue, ce qu'à d'inexact ou d'obscur la formule dont s'est servi le Code pénal. L'article 66 du Code pénal conduirait à penser que la question qui se pose, lorsque le mineur est traduit devant les tribunaux, est de savoir s'il a agi sans discernement. La présomption serait, en quelque sorte, retournée, et, en cas de partage des jurés, la présomption de discernement se trouverait subsister. Mais l'article 67 s'exprime autrement que l'article 66 du Code pénal et l'article 340 du Code d'instruction criminelle ne laisse aucun doute sur la formule exacte de la question. Le mineur est bien protégé par une présomption d'irresponsabilité. Si donc le jury est divisé sur la question, le partage équivaudra à une réponse négative. L'article 347 du Code d'instruction criminelle enlève du reste à l'observation son intérêt pratique en disant que la décision du jury contre l'accusé se forme à la majorité. Il importait, néanmoins, de bien rétablir la véritable pensée de la loi, qui est de créer, au profit du mineur de seize ans, une présomption de non discernement » (1).

485. — Il semble, au premier abord, que les deux questions soient en antagonisme. En effet, si l'accusé est coupable, comment peut-il avoir agi sans discernement? et, s'il a agi sans discernement, comment peut-il être coupable?... Mais la contradiction n'est qu'apparente, ainsi qu'on va le voir. En effet, dans ce cas, comme chaque fois qu'il s'agit d'excuses légales, — et il y en a une ici au cas de discernement, — le mot coupable, inséré dans la première question, se réfère, par une exception forcée, uniquement à la matérialité du fait et non plus, comme d'habitude, à l'élément intentionnel. Pour répondre à la première question : l'accusé est-il coupable? le jury devra se demander si le fait a été matériellement commis, si l'accusé en est l'auteur et s'il a eu l'intention de le commettre. Pour répondre à la seconde question : l'accusé a-t-il agi avec discernement? le jury devra se demander si l'accusé a agi en appréciant exactement la gravité, l'immoralité, les conséquences matérielles et la portée sociale de son crime.

486. — En prescrivant de poser une question spéciale sur le discer-

---

(1) Garraud, *Traité de Droit Pénal.* t. I, p. 329, note 1.

nement, le Code d'instruction criminelle dit assez clairement qu'il ne faut pas confondre le défaut de discernement avec l'absence d'intention criminelle. Si, comme on l'a dit quelquefois, l'enfant qui a agi sans discernement est justifié parce qu'il n'avait pas d'intention criminelle, à quoi bon consulter le jury par une question particulière sur le discernement? La question principale, qui interroge le jury sur la culpabilité de l'accusé, la comprendrait, comme il comprend l'intention criminelle. Pour que la loi ait ordonné la position d'une question distincte et secondaire sur le discernement, il faut évidemment qu'elle ait entendu que le discernement se distinguait de l'intention criminelle. En admettant cette distinction, la loi n'a fait, au reste, que consacrer une incontestable vérité : c'est que *l'intention* n'est pas la même chose que *le discernement*. On a, par l'intention, la volonté de bien ou mal faire; et, par le discernement, la faculté d'apprécier si l'on a bien ou mal fait. Le mineur de seize ans peut avoir exécuté avec une intention coupable une action qualifiée crime ou délit, mais il peut en même temps, à cause de la faiblesse de son âge, n'avoir pas discerné, ou n'avoir discerné qu'en partie, l'immoralité de l'acte qu'il a exécuté et de l'intention avec laquelle il l'a exécuté. Il est coupable, à raison du fait qu'il a accompli et de l'intention avec laquelle il l'a accompli; il est excusable, à raison de l'imperfection de son discernement, et nous verrons que l'absence totale de discernement constitue pour lui une cause de non imputabilité.

Donc il n'y a pas antinomie entre les deux questions de culpabilité et de discernement.

487. — Les mots — *à peine de nullité* — ne figuraient pas dans la rédaction première de l'article 340. Ils y ont été ajoutés par la loi du 28 avril 1832. Cependant il n'y avait point, ici, d'abus à réprimer : la Cour de cassation avait plusieurs fois annulé des arrêts, par cela seul qu'ils avaient omis de mentionner la position de cette question (1).

488. — Nous avons vu, au commencement de ce chapitre, dans quel ordre doivent être posées les questions : la question de discernement ne vient qu'après celle de culpabilité. Mais il peut se faire aussi que l'âge

(1) Chauveau et Faustin-Hélie, t. I, p. 522, n° 332. — Cass., 9 messidor, an VIII et 8 brumaire, an IX. Dalloz, *Rép. alph.*, V° Peine, n° 429, note 1.

de l'accusé devienne douteux, au cours des débats; alors, l'ordre des questions sera le suivant :

1° Une question de *culpabilité* que le jury résoudra, en examinant si l'accusé a commis le fait qui lui est imputé;

2° Une question sur le point de savoir *si l'accusé est âgé de moins de seize ans*, que le jury résoudra en examinant les pièces qui lui sont présentées, et en interprétant le doute en faveur de l'accusé;

3° Une question *de discernement*, que le jury résoudra en examinant si l'accusé a apprécié exactement la gravité du fait qu'il commettait, s'il s'est rendu compte de la nature et de la portée de son action, si sa volonté était intelligente : question dont la solution varie nécessairement suivant les circonstances de la cause.

487. — Toutes ces questions *doivent être séparées*. Le président ne pourrait comprendre, dans une seule et même formule, tout à la fois la question relative à l'âge et celle concernant le discernement. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans l'espèce suivante :

A la question ainsi posée : « *A l'époque du crime, l'accusé était-il » âgé de moins seize ans, et, dans ce cas, a-t-il agi avec discernement?* » le jury répondit : « *Non!* » De la réponse négative le défenseur de l'accusé conclut que le jury avait résolu en sa faveur la question de discernement. Mais un doute sérieux subsistait. A quoi s'appliquait la réponse négative du jury? Etait-ce à la partie relative à l'âge, ou bien, au contraire, à celle relative au discernement?

Au lieu de renvoyer les jurés dans la chambre de leurs délibérations et de les appeler à résoudre ce doute, la Cour d'assises se réserva la solution. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'assises : « attendu qu'elle avait usurpé les attributions du jury, puisqu'il s'agis- » sait d'une question de fait et non de droit, et qu'elle n'avait pas d'élé- » ment légal de solution, quant à l'âge, dans les termes de l'article 340 » du Code d'instruction criminelle; que, dès lors, la réponse à la deuxième » question ne présentait pas de base légale, soit à un acquittement, soit » à une condamnation » (1).

---

(1) Cass., 18 avril 1836, *Bulletin*, année 1836, p. 142.

490. — Encore une difficulté. Si le ministère public représente un acte de naissance attribuant à l'accusé plus de seize ans, cet accusé peut-il, en soutenant que cet acte de naissance ne s'applique pas à lui, alléguer que, au temps du crime, il avait moins de seize ans, et requérir la Cour de poser au jury la question de discernement? Un arrêt du 4 mai 1839 (1), qu'il est difficile de concilier avec le précédent, semble réserver à la Cour d'assises le droit d'examiner la prétention de l'accusé : « c'est, » en effet, » dit-il, « en l'absence d'un extrait des registres de l'état civil » servant à constater la naissance, qu'il y a incertitude sur le point de » savoir si l'accusé était âgé de moins de seize ans et nécessité d'en » faire l'objet d'une question distincte à soumettre au jury. » — Mais cette théorie est contraire aux principes que nous venons d'exposer et à la jurisprudence de la Cour suprême elle-même : les jurés, en effet, ayant la latitude la plus grande et la souveraineté la plus absolue dans l'examen des faits, doivent être interrogés même sur les faits qui semblent prouvés par des actes authentiques, lesquels n'enchaînent pas leurs consciences. Dès lors, la réponse à la question dont l'accusé requiert la position échappe à la compétence de la Cour et rentre dans les attributions du jury.

491. — En revanche, la Cour de cassation a jugé que, dans le cas où un mineur de seize ans est accusé de plusieurs crimes, il y a nécessité de poser au jury autant de questions distinctes et séparées sur le discernement qu'il y a de chefs d'accusation : la position d'une seule question de discernement serait nulle pour vice de complexité. Le discernement, en effet, n'est pas quelque chose d'absolu; il doit être examiné et apprécié pour chacun des faits reprochés à l'accusé, alors même qu'ils se seraient passés à la même époque, alors même qu'ils seraient connexes les uns aux autres, parce que la maturité morale peut exister pour certains délits et ne pas exister pour d'autres (2).

492. — Marie-Jacqueline Tessier, mineure de seize ans, était accusée de quatre crimes distincts d'incendie. Le président de la Cour d'assises

---

(1) Cass., 4 mai 1839, *Bulletin*, année 1839, p. 223.

(2) Chauveau et Faustin-Hélie, op. cit., t. I, p. 522, n° 332. — Garraud, *Traité*, t. I, n° 208-V, p. 344.

avait posé des questions séparées pour chaque fait principal et pour chacune des circonstances aggravantes qui s'y rattachaient; mais il n'avait fait qu'une seule question de discernement, rendue ainsi commune à tous les chefs d'accusation. Le jury ayant résolu cette question contre la fille Tessier, celle-ci fut condamnée aux peines déterminées par la loi. Sur son pourvoi, l'arrêt fut annulé par la Cour suprême, le 9 février 1854, pour les motifs suivants (1) :

« Vu les articles 340, 345 du Code d'instruction criminelle ; les articles » 1, 2 et 3 de la loi du 13 mai 1836 : attendu, en fait, que la demande- » resse en cassation, âgée de moins de seize ans, a été renvoyée devant » la Cour d'assises comme accusée de quatre crimes distincts d'incendie ; » attendu que le président de la Cour d'assises a posé les questions dis- » tinctes pour chaque fait principal et pour chacune des circonstances » aggravantes qui s'y rattacheraient, mais qu'il n'a posé qu'une seule » question de discernement commune à tous les chefs d'accusation ; » attendu que, dans toute accusation portée contre un mineur de seize » ans, le jury doit toujours être interrogé spécialement et distinctement » sur la question de savoir si l'accusé a agi avec discernement; attendu » que, conformément à l'article 66 du Code pénal, cette question, résolue » négativement, enlève au fait principal son caractère de criminalité et » entraîne l'acquittement de l'accusé, que le discernement est donc un » des éléments essentiels de la culpabilité légale, et, par suite, une » partie substantielle de l'accusation sur chacun des crimes qui en font » l'objet; attendu que des solutions différentes sur la question de discer- » nement peuvent être motivées par des circonstances qu'il appartient » au jury d'apprécier souverainement, quant aux divers chefs d'accusa- » tion; attendu que, par la position d'une question unique de discerne- » ment, le jury s'est trouvé dans la nécessité de statuer par une seule » réponse sur la culpabilité relative à quatre faits principaux, au lieu » d'avoir à répondre distinctement pour chacun d'eux; que la question » ainsi posée et la réponse intervenue contiennent donc manifestement » le vice de complexité et constituent, dès lors, une violation expresse

---

(1) Dalloz, 1854. 1. 88.

» des articles 340 du Code d'instruction criminelle et 1er de la loi du » 13 mai 1836 : par ces motifs, casse... etc. »

493. — Si la question de discernement doit, à peine de nullité, être posée au jury, toutes les fois qu'il s'agit de juger un mineur de seize ans, cette question, au contraire, ne doit plus être posée, dès qu'il est constant que l'accusé a plus de seize ans. Mais il ne suit pas de là que le jury n'aura pas le droit de rechercher si réellement, en fait, l'accusé a bien agi avec discernement; car il est possible que la raison de l'individu arrivé à cet âge soit encore très peu développée. Il existe des natures tardives, chez lesquelles les facultés intellectuelles restent longtemps dans une sorte d'engourdissement : ce sont des exceptions dont le législateur ne doit pas se préoccuper, lorsqu'il s'agit d'établir une règle générale, mais dont cependant l'équité veut qu'on tienne compte lorsqu'elles viennent à se produire.

494. — Qu'un accusé de plus de seize ans se trouve dans ce cas, que fera-t-on à son égard? La question de discernement ne sera pas posée : la loi ne le permet pas; mais le jury l'examinera comme élément de la criminalité de fait; et, s'il juge que l'accusé, bien qu'âgé de plus de seize ans, a néanmoins agi sans discernement, il devra prononcer un verdict de non culpabilité. L'existence du discernement chez les majeurs de seize ans n'est, en effet, et ne peut être que présumée par le législateur, et il est toujours dans les pouvoirs des jurés, s'ils reconnaissent fausse cette présomption, de prononcer un acquittement. Seulement, et c'est là ce qu'il faut remarquer, la simple formule que l'accusé a agi sans discernement ne suffit plus, comme lorsqu'il s'agit d'un mineur, pour entraîner cet acquittement : il faut nécessairement qu'il soit déclaré non coupable. Par suite, est sans aucun effet légal l'addition faite par le jury à sa déclaration de culpabilité de ces mots : « *mais sans discernement.* » Ainsi l'a déclaré la Cour de cassation dans un arrêt de rejet du 1er septembre 1826 (1).

495. — Quand un accusé de plus de seize ans requiert la position de la question de discernement, le jugement ou l'arrêt qui rejette cette

---

(1) Sirey, 1827. 1. 263.

demande doit être motivé, car cet arrêt qui a pour objet de modifier le fait de l'accusation, la culpabilité de l'accusé et l'application de la peine ne peut être considéré comme un arrêt d'instruction ou comme un arrêt simplement préparatoire (1).

496. — Lorsque, l'accusé ayant plus de seize ans, le jury a été indûment interrogé sur le discernement, il y a eu fausse application et, par conséquent, violation de l'article 340 du Code d'instruction criminelle. Toutefois, la nullité n'est pas toujours la suite de cette erreur. Si, les jurés ayant répondu que l'accusé a agi sans discernement, la peine a été infligée comme si la question n'eût pas été posée, il n'y a pas alors d'intérêt lésé, et, partant, pas de grief fondé. Si, au contraire, les jurés ont constaté l'absence de discernement et si la Cour a fait état de leur réponse, les résultats de l'accusation ont été modifiés par la question illégale, et il y a matière à cassation.

497. — Mais il a été jugé que l'arrêt qui acquitte l'accusé par application de l'article 66 du Code pénal, relatif au prévenu âgé de moins de seize ans et ayant agi sans discernement, bien que ce prévenu soit âgé de plus de seize ans, est à l'abri de toute critique, s'il a été jugé en fait qu'il était aliéné d'esprit (2).

§ 2. — Le Mineur comparaît en police correctionnelle

498. — Le tribunal correctionnel est appelé à juger les délits de droit commun et les délits qui lui sont déférés par des lois spéciales.

499. — A. — *Délits de droit commun.* — Les articles 66 du Code pénal et 340 du Code d'instruction criminelle ne visent que le mineur *accusé* et, par conséquent, ne statuent que sur les questions posées au jury. La question de discernement doit-elle être posée au tribunal correctionnel, quand ce tribunal a à juger un crime commis par un mineur de seize ans? La loi ne l'a pas dit expressément, parce qu'il n'y a pas

---

(1) Cass., 14 août 1826, *Bulletin,* année 1826, p. 578.

(2) Cass., 30 juillet 1807. Dalloz, *Code pénal annoté,* art. 66, n° 25, et *Répert. alph.* V° Peine, n°s 439 et 393, note 1.

de formes solennelles prescrites pour le tribunal correctionnel, comme pour la cour d'assises; mais l'article 68 du Code pénal décide que les tribunaux correctionnels se conformeront aux articles 66 et 67 : il faut donc que le président pose à ses assesseurs, dans l'ordre accoutumé, la question de discernement et il faut que le jugement constate, à peine de nullité, que la question de discernement a été posée et résolue (1).

500. — Il en est de même, quand les tribunaux correctionnels jugent les délits suivant leur compétence normale; il y a, en effet, identité de raisons. Dans ce cas, comme dans celui de l'article 68, le défaut de discernement est exclusif de la culpabilité. Il est donc indispensable d'examiner avec soin si le prévenu a pu apprécier les conséquences de l'acte qu'il a commis et si la conception qu'il s'est faite des conséquences de la faute qui lui est reprochée est de nature à faire disparaître sa responsabilité ou à diminuer seulement sa culpabilité. Le principe qu'il ne saurait y avoir d'imputabilité pénale contre celui qui, à raison de son âge, était encore hors d'état de discerner le mal moral contenu dans l'acte dont il est reconnu l'auteur est un principe tellement absolu, tellement essentiel du droit pénal, qu'il s'étend à tous les délits, de quelque nature qu'ils soient, sans exception, et que, ne fût-il pas exprimé par la loi, il n'en devrait pas moins exercer son empire dans le jugement des affaires, le devoir du juge étant de déclarer non coupable celui qui se trouverait en semblable situation (2).

501. — La jurisprudence est en ce sens : plusieurs arrêts de la Cour de cassation décident que le jugement du tribunal correctionnel doit constater, à peine de nullité, que la question de discernement a été posée et résolue (3). D'autres arrêts de la même Cour ont dû réformer plusieurs fois des arrêts de Cour d'appel, jugeant que les dispositions de l'article 66 du Code pénal ne pouvaient être appliquées en matière de simple délit (4).

---

(1) Chauveau et Faustin-Hélie, op. cit., t. I, n° 332.

(2) Ortolan, op. cit., t. I, n° 298, p. 125.

(3) Cass., 20 mars 1841, *Bulletin*, 1841, p. 145 et 147 *in fine*. — Cass., 12 août 1843, *Bulletin*, 1843, p. 347.

(4) Cass., 17 avril 1824, *Bulletin*, 1824, n° 52, p. 159.
Cass , 16 août 1822, *Bulletin*, 1822, n° 109, p. 317.

502. — B. — *Délits prévus par des lois spéciales.* — Les dispositions du Code pénal relatives aux mineurs doivent-elles se restreindre aux crimes et aux délits prévus par le Code pénal, ou bien faut-il les étendre à tous les crimes ou délits, même à ceux prévus par des lois spéciales? La question a été controversée.

503. — On a dit que la fixation de l'âge de majorité pénale, les mesures autorisées par l'article 66, à l'égard du mineur acquitté, la diminution de peine formulée par les articles 67 et 69 à l'égard des mineurs condamnés sont dénuées d'autorité en dehors de la loi qui les a établies, parce que ces dispositions ne sont que des créations variables du droit positif (1).

504. — De plus, aux termes de l'article 484 du Code pénal, « dans » toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et » qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les Cours et les » tribunaux continueront de les observer. » D'où l'on conclut que les dispositions des articles 66 et suivants du Code pénal, relatifs aux mineurs, ne s'appliquent aux délits prévus par des lois spéciales que si ces lois en ont formellement stipulé l'application.

505. — Cette conclusion nous semble téméraire. Il y a dans le Code des théories qui dominent l'ensemble du droit pénal : telles, la théorie de la complicité, celle de l'article 64. La théorie de la minorité est au premier chef une de celles-là. Le juge doit, à moins d'une disposition spéciale et contraire, en faire application, quelle que soit la loi dont la violation entraîne la comparution du mineur devant lui.

506. — La jurisprudence avait d'abord jugé que le bénéfice des articles 66 et 67 du Code pénal, qui modèrent les peines encourues, lorsque le prévenu est âgé de moins de seize ans, n'est pas applicable dans les matières régies par des lois spéciales. C'est ainsi que la Cour de cassation avait déclaré ces dispositions inapplicables en matière de délits de chasse (2), ou en matières de douanes (3), en matière d'eaux et

---

(1) Comparez Ortolan, op. cit., t. I, n° 298, p. 125.
(2) Cass., 5 juillet 1839, Sirey, 1840. 1. 189 et les renvois.
(3) Cass., 15 avril 1819, Sirey, 1819. 1. 311.

forêts (1). La Cour de Metz les avait déclarées inapplicables en matière de contributions indirectes. (2)

507. — Mais, vers 1840, la jurisprudence a opéré un revirement complet dans le sens de la saine interprétation des textes et, depuis cette époque, elle a constamment décidé que les dispositions des articles 66 et suivants du Code pénal, relatifs aux mineurs, sont applicables à tous les délits, même prévus par des lois spéciales. La généralité des termes de ces articles et cette considération que, à défaut, on tombe dans l'absence de toute règle positive sur ce point aussi important, nous font ranger à l'avis de cette extension, avis consacré par la jurisprudence la plus récente.

508. — En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 1875 (3) a fait application, en matière de délits de chasse, de l'article 69 du Code pénal.

509. — Pour les douanes, c'est dans son arrêt du 20 mars 1841, que la Cour suprême décida « que la disposition de l'article 66 du Code pénal, » d'après laquelle les individus âgés de moins de seize ans doivent être » acquittés, s'ils ont agi sans discernement, doit, comme celle de l'ar- » ticle 64 du même Code, relative à la démence et à la contrainte, être » suivie dans toutes les matières, même dans celles qui sont régies par » des lois spéciales, à moins que ces lois ne contiennent, à ce sujet, » quelque dérogation expresse ou tacite. » C'est ce principe qui a servi de base à toute la jurisprudence ultérieure et que la Cour de cassation a reproduit dans son dernier arrêt relatif aux délits de douane en le généralisant : « attendu, » disait la cour, « que les articles 66, 67, 68 et 69 » du Code pénal ont pour objet de subvenir à la faiblesse de l'âge; » qu'ils dérivent d'un seul et même principe dont ils règlent les consé- » quences suivant les divers cas qu'ils prévoient; qu'il suit de là, d'une » part, que les dispositions contenues dans ces articles sont générales » et doivent recevoir leur application à tous les faits qualifiés crimes ou » délits, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné; qu'il s'ensuit,

(1) Cass., 2 juillet 1813, Dalloz, *Rép. alph.*, V° Peine, n° 452 et V° Pêche, n° 232, note 2.
(2) Metz, 5 mars 1821, Dalloz, *Rép. alph.*, V° *Impôts indirects*, n° 516.
(3) Cass., 9 avril 1875, Dalloz, 1877. 1. 508.

» d'autre part, qu'aucune distinction ne saurait être admise entre la » disposition qui prescrit l'acquittement d'un mineur, lorsqu'il a agi » sans discernement et celles qui le font jouir d'une modération de peine, » lorsqu'il a agi avec discernement » (1).

510. — Plus récemment, en matière de contributions indirectes, la Cour de Pau a fait une nouvelle application du principe, par arrêt du 23 mars 1889. Il s'agissait d'un enfant de treize ans qui avait été surpris colportant des allumettes d'origine frauduleuse. La Cour décida qu'il y a lieu tout d'abord de rechercher s'il a agi avec discernement; que, en effet, les dispositions de l'article 66 du Code pénal, décidant que le mineur de seize ans qui a agi sans discernement doit être acquitté, sont générales et s'étendent, à moins de dérogation particulière, à tous les délits, même à ceux prévus par des lois spéciales, et, notamment, sont applicables en matière de délits prévus par les lois sur les contributions indirectes (2).

511. — En matière de lois et règlements sur la police et l'exploitation des chemins de fer, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 11 mars 1891 a décidé que les dispositions du Code pénal, relatives aux mineurs, trouvaient application, « attendu qu'il est certain que les règles » du droit commun sont applicables aux matières spéciales, lorsqu'il n'y » a pas été expressément dérogé... » (3).

512. — Nous terminerons ce paragraphe en disant que cette présomption d'irresponsabilité, qu'il faut détruire, étant attachée à la personne même du mineur, puisqu'elle est fondée sur son jeune âge, le protège, que l'infraction dont il est inculpé soit prévue par le Code pénal ou par une loi spéciale, en dehors de ce Code. Ce n'est pas, en effet, à raison de la nature de l'infraction, mais à raison de la personne de l'inculpé, que se pose la question de discernement. Elle a donc le caractère le plus absolu et le plus général.

513. — On a prétendu, toutefois, qu'il existe une exception à cette règle générale, au cas d'adultère.

---

(1) Cass., 11 janvier 1856, Sirey 1856. 1. 631.
(2) Cour de Pau, 23 mars 1889, Sirey 1889. 2. 152.
(3) Cour de Bordeaux, 11 mars 1891, Sirey. 91. 2. 166.

Il serait difficile, dit-on, d'admettre la femme mineure de seize ans à invoquer le bénéfice de l'article 66 du Code pénal, comme ayant agi sans discernement. La loi, en reconnaissant à la femme, à partir de l'âge de quinze ans, la capacité suffisante pour contracter mariage, exclut par là-même l'idée qu'elle puisse commettre sans discernement le délit d'adultère. Cependant, ajoute-t-on, ce n'est là qu'une présomption légale, à laquelle les faits peuvent être contraires, et, en droit pénal, nul ne doit être présumé coupable. L'article 66 peut donc, dans certaines circonstances, être appliqué, même à une femme adultère, comme il pourrait l'être aussi au complice, s'il avait moins de seize ans, ou à la concubine du mari.

514. — Aux partisans de cette doctrine nous répondons par ce point d'interrogation : dans quel article du Code se trouve écrite l'exception que vous prétendez exister? Si vous ne nous montrez cet article, nous ne pouvons vous suivre, parce que nous sommes en matière pénale et que, en fait de présomptions défavorables à un délinquant, ou d'exceptions à une loi générale, nous ne pouvons admettre que les présomptions et les exceptions nettement formulées par la loi. Il se peut qu'il existe de bonnes raisons de priver la femme mariée adultère du bénéfice de l'article 66; mais, encore une fois, ce que la loi n'a pas fait, nous ne saurions le faire. — Et puis, voyons, vaut-il bien la peine de nous présenter le cas de la femme adultère comme une exception à l'article 66, pour nous dire, immédiatement après, que ce même article devra recevoir son application, s'il est reconnu que la délinquante, contrairement à la présomption légale qu'on invoque, a agi sans discernement?...

515. — L'on reconnait que l'article 69 du Code pénal, aux termes duquel le mineur de seize ans ne peut être condamné qu'à la moitié de la peine portée par la loi, serait, dans tous les cas, applicable à la femme ou au complice.

§ 3. — Le Mineur est traduit devant un tribunal de simple police

516. — Dans cette hypothèse encore, nous croyons que le juge doit se poser la question de discernement et la résoudre, quand il se trouve

en présence d'un prévenu de moins de seize ans. Toutefois, nous avons contre nous l'avis de deux autorités importantes, M. Villey et M. Ortolan.

517. — Pour M. Villey, les textes et la raison s'y opposent. Sans doute, il faut en cette matière, comme en toute autre, que les conditions de l'imputabilité pénale soient réunies. Mais il résulte et de l'intitulé du chapitre et des articles qui entourent l'article 66, particulièrement de l'article 69, que ces textes ne s'appliquent qu'aux crimes et aux délits (1).

518. — Le Code, d'après M. Ortolan, ne parle dans les articles 66, 67 et 69, que de crimes et de délits; les contraventions de simple police sont traitées à part, dans un livre spécial. Sans doute, si le juge de simple police reconnaît que l'inculpé, à cause de son jeune âge, a agi sans discernement, il devra, ici, comme dans tous les autres cas, le déclarer non coupable et l'acquitter, en vertu du principe essentiel et absolu du droit pénal, d'après lequel il ne peut y avoir d'imputabilité pénale contre celui qui, à raison de son âge, est hors d'état de discerner le mal moral contenu dans l'acte qui lui est reproché, mais le juge ne peut appliquer, ici, ni l'article 66, ni l'article 69 (2).

519. — D'autre part, dit-on, les contraventions sont, en principe, punissables, sans qu'on ait égard à l'intention de l'agent.

520. — L'argument de M. Villey n'est pas suffisant. La solution que nous avons admise, en tête même de ce paragraphe, n'est que la conséquence d'un principe général qui n'avait pas besoin d'être écrit dans la loi, puisqu'il résulte de la nature même des choses. Nous ne voyons pas pourquoi le juge n'aurait pas à tenir compte de la faiblesse de l'âge, quand il s'agit simplement de contraventions. Car, *ce n'est pas à raison de la nature de l'infraction, mais à raison de la personne* de l'inculpé que se pose la question de discernement.

521. — Le second argument est tout aussi faible. En effet, s'il est vrai que, en principe, les contraventions sont punissables, sans qu'on ait égard à l'intention de l'agent, nous avons fait remarquer précédemment que, autre chose était le défaut d'intention, autre chose le défaut de discernement. De ce que la loi, quand elle punit une contravention,

---

(1) Villey, op. cit., p. 111, note 3.
(2) Ortolan, op. cit., t. I, n° 298, p. 125.

ne se préoccupe pas de l'intention de l'agent, il n'en résulte pas que le défaut de discernement soit une chose indifférente. C'est toujours au moins une faute qui est punie, et toute faute, si minime qu'elle soit, ne peut se concevoir que de la part d'une personne qui a le discernement de ses actes (1). Le défaut d'intention ne doit pas être confondu avec le défaut de discernement, et la mission de toute juridiction est d'examiner spécialement la question de discernement, puisque, à l'âge de l'inculpé, l'imputabilité est au moins incertaine.

522. — La Cour de cassation a conservé en ce sens une jurisprudence invariable : elle a constamment décidé que l'article 66 du Code pénal contient, en faveur des mineurs de seize ans, des dispositions générales et absolues, et qu'il pose un principe commun aux crimes, aux délits et aux contraventions : arrêts des 10 juin 1842, — 2 septembre et 8 décembre 1842, — 13 avril 1844, — 7 mars 1845, — 12 août 1845, — 24 mai 1855, — 22 juin 1855, — 7 juillet 1864, — 21 mars 1868, — 7 janvier 1876.

523. — Toutefois, un arrêt du 12 février 1863 (2) semble s'être écarté de cette jurisprudence ; il est conçu en ces termes : « Attendu que, du » procès-verbal dressé le 18 juillet dernier par le garde champêtre de » la commune, il résulte que les dénommés audit procès-verbal ont » commis l'infraction prévue par l'article 471, § 13, du Code pénal ; que » ce procès-verbal n'a pas été débattu à l'audience par la preuve contraire et que, néanmoins, les prévenus ont été renvoyés des fins de la » poursuite par ce triple motif que, mineurs, ils ont agi sans discernement, que le fait était, de leur part, non un acte de méchanceté, mais » un jeu d'enfant, et que, enfin, il n'y avait pas eu de dommage ; — attendu » que toutes ces excuses sont arbitraires ; que, en matière de contraventions, l'âge, le discernement et l'intention sont des circonstances » complètement indifférentes ; que, d'un autre côté, l'article 471, § 13, » n'exige pas qu'il y ait eu dommage causé, mais uniquement que l'on » soit entré et que l'on ait passé sur un terrain préparé ou ensemencé ;

---

(1) Garraud, *Traité*, t. I, nº 203, p. 331 et 332.
(2) Cass., 12 février 1863, Dalloz, 1863, 5ᵉ partie, colonne 163-5.

» qu'il suit de là que, en admettant ces diverses excuses, alors qu'elles » étaient sans valeur contre les constatations du procès-verbal susvisé, » le jugement attaqué a violé la foi due audit acte et l'article 154 du Code » d'instruction criminelle : par ces motifs, casse... »

524. — Il ne faudrait pas prendre cet arrêt au pied de la lettre, quand il dit que l'âge et le discernement sont, en matière de contravention, des circonstances complètement indifférentes. Nous ne croyons pas qu'il contienne un changement de jurisprudence. Le jugement annulé se fondait principalement sur ce que l'action de s'amuser n'emporte avec elle aucune idée de contravention, surtout lorsqu'elle émane d'un groupe d'enfants qui, par leur jeune âge, sont censés avoir agi sans discernement. Ainsi, ce jugement n'indiquait pas que les délinquants étaient des mineurs de seize ans; il se bornait à indiquer que c'étaient des enfants, sans déterminer leur âge. Il ne décidait pas qu'ils avaient, personnellement et chacun, agi sans discernement; il se bornait à déclarer que, par leur jeune âge, ils étaient censés avoir agi sans discernement. La décision attaquée n'avait donc pas jugé que les délinquants étaient mineurs de seize ans et qu'ils avaient agi sans discernement.

Sans revenir sur ses précédents, la Cour a donc pu casser ce jugement qui ne se fondait que sur une présomption vague et indéterminée de défaut de discernement.

§ 4. — Le mineur est traduit devant un tribunal d'exception

525. — Ici encore, quand l'accusé ou le prévenu est mineur de seize ans, nous retrouvons, à moins de dérogations spéciales, l'obligation pour les juges d'examiner s'il a agi sans discernement.

526. — Les tribunaux commerciaux maritimes sont soumis à cette nécessité, le décret du 24 mars 1852, qui les a fondés, ne contenant point d'exception à ce sujet. Ainsi en a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1865. Il suffit, pour qu'ils soient tenus de poser la question dont il s'agit, que l'allégation de l'accusé d'être âgé de moins de seize

ans soit confirmée, tant par l'extrait des registres matricules produits au procès, que par les constatations du jugement lui-même (1).

527. — Enfin, le Code de justice militaire pour l'armée de terre, articles 132 et 199, et le Code de justice militaire pour l'armée de mer, articles 162 et 257, ont expressément ordonné aux tribunaux militaires d'appliquer aux individus âgés de moins de seize ans les dispositions des articles 66, 67 et 69 du Code pénal ordinaire, et de résoudre à leur égard la question de discernement.

528. — Nous concluons donc que la question de discernement est absolument indépendante de la nature de la juridiction et qu'elle doit être posée à l'égard de toutes les infractions, que ces infractions soient prévues par le Code pénal ordinaire ou par des lois spéciales.

---

(1) Cass., 7 avril 1865, Dalloz, 1865. 1. 193 et 194.

CHAPITRE VII

De la Sentence

529. — Nous voici parvenu au moment où va être rendue la décision qui fixera les destinées du jeune délinquant. Cette décision peut revêtir trois formes différentes : ou bien elle sera négative sur la question de culpabilité; — ou bien elle sera affirmative sur la question de culpabilité, mais négative sur la question de discernement; — ou bien, enfin, elle sera affirmative et sur la question de culpabilité et sur la question de discernement. Nous examinerons, sous trois sections, chacune de ces hypothèses.

SECTION I. — La réponse est négative sur la question de culpabilité

530. — Si la réponse à la question de culpabilité est négative, l'accusé doit être acquitté, et la Cour ne peut prendre contre lui aucune mesure, même de correction : il est dans la même situation qu'un majeur de seize ans déclaré non coupable.

531. — Il ne faudrait pas s'imaginer, toutefois, qu'il est indifférent pour le mineur de seize ans d'être renvoyé des poursuites, ou parce qu'il n'est pas coupable, ou parce qu'il a agi sans discernement :

D'abord, dans le premier cas, il est renvoyé des poursuites sans dépens; dans le second, au contraire, la jurisprudence veut qu'il soit condamné aux frais;

En outre, — et c'est là le grand intérêt de la question pour le mineur

de seize ans, — dans le premier cas, l'affaire est définitivement réglée, le pouvoir du juge est épuisé, le mineur n'a plus rien à en redouter ; dans le second, il en est tout autrement : car, si le mineur est exonéré de toute espèce de peine, il n'en demeure pas moins, aux termes de l'article 66 du Code pénal, à la disposition du juge qui peut, lorsque cela lui paraît convenable, l'enfermer pour un temps plus ou moins long dans une maison de correction.

Section II. — La réponse est affirmative sur la question de culpabilité, mais négative sur la question de discernement.

532. — Dans ce cas, aux termes de l'article 66 du Code pénal, « lors» que l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans » discernement, il sera acquitté, mais il sera, selon les circonstances, » remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction pour » y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement » déterminera, et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura » accompli sa vingtième année. »

533. — L'accusé sera donc acquitté, mais il pourra être détenu dans une maison de correction.

534. — Dans trois paragraphes, nous allons étudier : premièrement, quelle est la nature de la décision prononcée en faveur du mineur ; — deuxièmement, quels sont les effets de cette décision ; — troisièmement, quelle est la nature de la détention infligée au mineur malgré l'acquittement.

§ Ier. — Quelle est la nature de la décision prononcée en faveur du mineur ?

535. — L'article 66 du Code pénal nous dit formellement que le mineur de seize ans doit être *acquitté*, s'il est reconnu avoir agi sans discernement. Mais est-ce bien en réalité un *acquittement*, et ne serait-il pas plus exact de parler d'*absolution* ?



Bien entendu, sur cette question, les auteurs sont partagés : en est-il beaucoup, en droit, sur lesquelles ils soient unanimes à penser la même chose ?

536. — Quelques auteurs, malgré la précision des termes employés par l'article 66, se refusent à voir, ici, un véritable acquittement. C'est une absolution, d'après eux, et pas autre chose. En effet, on prononce une absolution, quand, l'accusé étant reconnu coupable, le fait n'est pas prévu par la loi pénale (Code d'instr. crim., art. 364), ou que le jury a reconnu une excuse absolutoire, ou que l'action publique est non recevable ou éteinte. Or, il ne faut pas oublier que l'accusé mineur vient d'être déclaré *coupable* et il semble plus probable que, si les juges estiment que le prévenu ou l'accusé, à raison de son âge, a agi sans discernement, ils le déclareront non coupable et l'acquitteront, comme ils acquitteraient tout individu qui, pour une cause quelconque, n'aurait pas l'intelligence de ses actes.

537. — Voilà une façon de raisonner assez bizarre, et qui, de plus, méconnaît absolument le texte de la loi. La loi, précisément, établit une différence très nette entre le majeur et le mineur. Le majeur, effectivement, sera acquitté, s'il est reconnu avoir agi sans discernement. Mais, à son sujet, on ne posera qu'une seule question, englobant tous les éléments de l'infraction. Tandis qu'on ne peut déclarer un mineur non coupable, sous prétexte qu'il a agi sans discernement. L'esprit et les termes des articles 337, 340 du Code d'instruction criminelle, combinés avec l'article 66 du Code pénal, s'y opposent absolument. Ces articles veulent qu'on examine séparément, pour le mineur, la question de culpabilité et celle de discernement, parce que, au cas de non discernement, ils prennent, dans son intérêt, des mesures d'éducation. Agir ainsi, ce serait rendre complètement inutiles les sages prévisions de la loi, puisque, nous l'avons vu, l'enfant déclaré non coupable est dans la même situation que le majeur et redevient immédiatement libre de sa personne.

538. — Pour soutenir cette théorie, nos auteurs vont essayer d'établir que la minorité de seize ans est une excuse absolutoire et, pour cela, faire appel à nous ne savons plus quel vieux rapport présenté par M. Riboud au Corps législatif, à la séance du 13 février 1810.

539. — Dans ce rapport, M. Riboud s'exprimait en ces termes, au sujet des mineurs (1) :

« Après avoir fixé les principes concernant les personnes punissables
» à raison de la part qu'elles peuvent avoir prise aux crimes ou délits,
» le projet considère ces personnes sous des rapports qui tiennent à
» elles-mêmes, tels que l'influence de leur âge, la situation de leur esprit,
» le degré de la force qui les a entraînées. Cette partie de la loi proposée
» tend donc à faire apprécier jusqu'à quel point leur volonté a dirigé
» l'action réputée crime ou délit. Il est reconnu, dans l'article 64, que
» l'action cesse d'avoir ces caractères, si elle est l'effet d'une force à
» laquelle il a été impossible que son auteur pût résister, ou s'il ne
» jouissait pas de la plénitude de ses facultés intellectuelles, ou, enfin,
» s'il a agi sans discernement. Il n'existe plus alors ni crime, ni délit et
» l'accusé doit être *absout*. Ces caractères ne disparaissent point, au
» contraire, s'il a été plus ou moins en état d'évaluer l'action à laquelle
» il s'est livré. Ainsi, l'âge au-dessous de seize ans doit en atténuer la
» gravité, sans l'effacer entièrement, et, par conséquent, entraîner alors
» une peine quelconque, mais différente de celle que la loi inflige au
» crime... Pour déterminer l'influence que peut avoir l'âge de l'individu
» qui n'a pas accompli sa seizième année, il est nécessaire de faire une
» distinction admise dans le Code de 1791 et conservée dans celui de
» 1810 : elle a pour objet de vérifier s'il a agi avec discernement ou non.
» S'il n'a pas agi avec discernement, *il n'y a point de crime*, ni de peine;
» cependant, par une précaution sage, l'article 66 autorise les juges à
» ordonner que, en ce cas, l'accusé acquitté sera remis à ses parents ou
» conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu
» pendant un temps qui ne peut excéder l'époque où il aura atteint sa
» vingtième année. Cette disposition facultative porte l'empreinte de la
» prévoyance publique, qui doit prévenir le retour des excès, et celle
» d'une vigilance paternelle qui ne permettrait pas de priver totalement
» la jeunesse des premiers principes d'éducation nécessaires au commun

(1) Riboud, séance du 13 février 1810, Locré, *Legislation de la France*, t. 29, p. 277 et 278, n° 10 et 11.

» des hommes, quelle que soit leur position, et de ne pas l'abandonner
» à une communication dangereuse avec les individus immoraux qui
» peuplent la maison de correction... La discussion des effets de l'in-
» fluence de l'âge des condamnés, conduit naturellement à celle des
» articles qui traitent de l'excuse en matière criminelle, puisque cette
» influence n'est elle-même, au fond, qu'une excuse d'après l'acception
» et le sens ordinaire de ce mot » (1).

540. — Qu'est-ce, en effet, qu'une excuse? dit-on.

Dans le sens ordinaire du mot, on appelle excuse une circonstance qui diminue, sans la faire disparaître, la criminalité d'une action, ou la culpabilité de son auteur. Le sens vulgaire du mot excuse en est aussi le sens légal : en ce sens, les excuses sont des faits de nature à atténuer ou même à supprimer la peine, caractérisées avec précision par la loi, soit au point de vue des circonstances dans lesquelles elles existent, soit au point de vue de leurs effets. En somme, toute excuse suppose deux choses : un fait illicite et un agent coupable de ce fait.

541. — Ne résulte-t-il pas de là, ajoute-t-on, que la minorité de seize ans constitue simplement une excuse absolutoire, quand il est reconnu que le mineur a agi sans discernement? Il y a un cas où ceci n'est pas douteux : en cas de délit de vagabondage, la minorité de seize ans constitue certainement une excuse absolutoire, sauf renvoi sous la surveillance de la haute police (Code pénal, art. 271). Pourquoi en serait-il autrement dans les autres cas, alors surtout que les juges peuvent envoyer ce coupable en correction jusqu'à vingt ans? Si l'on admet cette interprétation, l'accusé est absout et non pas acquitté.

542. — C'est là l'opinion de M. Blanche, qui soutient fortement cette interprétation, malgré le texte formel de l'article 66, en partant de cette idée que l'acquittement n'a lieu que dans le cas où il est jugé que l'inculpé n'a pas exécuté le fait pour lequel il est poursuivi (2).

543. — C'est aussi l'opinion de M. Glasson : « est-il reconnu, » dit cet auteur, « que le mineur âgé de moins de seize ans a agi sans discer-

(1) Riboud, dans Locré, op. cit., p. 281, n° 15, alinéa 1er.

(2) Villey, op. cit., p. 111 et note 1. — Blanche, op. cit., t. II, n° 336, p. 463.



» nement, il est excusable, et cette excuse s'oppose à l'application de
» toute peine : l'accusé est absout par arrêt de la Cour, mais il supporte
» les frais du procès et, de plus, il reste à la disposition du juge qui
» peut, à son choix, ou le remettre à ses parents, ou, si les parents ne
» présentent aucune garantie, le retenir pendant un temps plus ou moins
» long, jamais au delà de l'âge de vingt ans, dans une maison de
» correction, mais c'est là un simple moyen d'éducation et non une
» peine » (1).

544. — A notre avis, cette opinion n'est pas fondée. On oublie trop que l'article 66 parle en termes exprès *d'acquittement;* or, nous savons que, d'après l'article 358 du Code d'instruction criminelle, l'acquittement est la sanction d'une déclaration de non culpabilité. On nous objecte que, en l'espèce où nous sommes, l'accusé a été déclaré coupable, qu'un fait subsiste à sa charge et que l'excuse a simplement pour effet d'éviter l'application d'une peine.

545. — Cette objection nous paraît tout confondre et méconnaître les effets de la minorité. Non seulement la minorité évite toute peine, mais elle va jusqu'à supprimer tout crime à la charge de l'accusé : elle est une véritable cause de non imputabilité. Pour qu'il y ait crime, il ne suffit pas qu'il existe un élément matériel, un élément légal, il faut encore l'élément moral. Or, ce dernier élément est complexe : il comprend l'intelligence ou discernement, la liberté, l'intention. Qu'un de ces trois facteurs vienne à manquer, l'élément moral, incomplet, disparaît à son tour : d'où absence d'imputabilité à l'égard de l'accusé ! Eh bien, que se passe-t-il en notre espèce? le jury, en répondant affirmativement à la question de culpabilité, a confirmé l'existence de l'élément matériel et de l'élément légal. Mais, en répondant négativement à la question de discernement, il déclare que l'élément moral du crime n'existe pas. Par conséquent, il n'y a pas d'imputabilité à la charge du mineur; en un mot, il n'y a pas de crime; il n'y a pas de *coupable*, dans le sens où l'article 358 du Code d'instruction criminelle entend ce terme, et l'article 66, en parlant *d'acquittement*, a parlé un langage rigoureusement exact.

(1) Glasson *Eléments du Droit français*, t. II, p. 458.

D'ailleurs, M. Riboud, qu'on nous citait tout à l'heure, ne dit-il pas expressément que si le mineur « n'a pas agi avec discernement, il n'y » a point de crime, ni de peine? »

546. — Les auteurs décident, en majorité, que le mineur est l'objet d'un véritable acquittement, quand il est reconnu qu'il a agi sans discernement. Cette opinion trouve, à son tour, un appui très solide dans l'exposé des motifs présenté au Corps législatif par M. Faure, sur le Livre II du Code pénal (1) : « Le Code, » disait-il, « détermine ensuite l'influence » de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines. — Il » s'occupe d'abord de celui qui, au moment de l'action, n'avait pas » encore seize ans. On se rappelle que l'article 340 du Code d'instruction » criminelle a décidé que, à l'égard de l'accusé qui se trouverait dans » cette classe, la question de savoir s'il a commis l'action avec discerne- » ment serait examinée. — Les dispositions actuelles règlent ce qui » doit être ordonné d'après le résultat de l'examen. Si la décision est » négative, l'accusé *doit nécessairement être acquitté, car il serait contra- » dictoire de le déclarer coupable d'un crime et de dire en même temps » que ce dont il est accusé a été fait par lui sans discernement : les juges » prononceront donc qu'il est acquitté, mais ils ne pourront le faire ren- » trer dans la société sans pourvoir à ce que quelqu'un ait les regards fixés » sur sa conduite ;* ils auront l'option de le rendre à ses parents, s'ils ont » en eux assez de confiance, ou de le tenir renfermé durant un espace » de temps qu'ils détermineront. »

547. — Donc le mineur qui est déclaré avoir agi sans discernement est l'objet d'un véritable acquittement.

548. — Bien entendu, la question de savoir s'il y a acquittement ou absolution ne peut se présenter que dans les matières de grand criminel, devant la Cour d'assises, car, devant le tribunal correctionnel, toutes les fois qu'une condamnation n'intervient pas, le prévenu est *renvoyé* des fins de la poursuite (arg. de l'art. 191, C. instr. crim.).

549. — Cette question offre de l'intérêt aux divers points de vue que voici :

---

(1) Exposé des motifs, présenté par M. Faure au Corps législatif, sur le Livre II du Code pénal. Séance du 3 février 1810, Locré, t. XXIX, p. 264, n° 8.

1° L'acquittement est prononcé par ordonnance du président (art. 358, C. instr. crim.), tandis que l'absolution est prononcée par arrêt de la Cour d'assises. Nous verrons bientôt la raison d'être de cette différence ;

2° Le pourvoi contre l'ordonnance d'acquittement ne peut être formé que dans l'intérêt de la loi (art. 409, C. instr. crim.) : d'où il suit que l'accusé doit être mis en liberté immédiatement après l'ordonnance d'acquittement, s'il n'est retenu pour autre cause. — Au contraire, le ministère public peut se pourvoir contre les arrêts d'absolution et en obtenir l'annulation au préjudice de l'accusé. Ce qui implique que le ministère public qui a l'intention de se pourvoir contre l'arrêt d'absolution a le droit de détenir l'accusé pendant les délais fixés pour le pourvoi (art. 373) ;

3° Devant quelque juridiction que ce soit, la condamnation aux dépens ne peut jamais atteindre un prévenu acquitté; il y a de nombreux arrêts en ce sens (cass., 31 janv. 1861, aff. Coiffier ; Dalloz, 61. 5. 247). Nous verrons plus loin que la jurisprudence condamne régulièrement aux frais le mineur acquitté, comme ayant agi sans discernement (cas., 1er février 1877, aff. Bacri, *Bull. crim.* n° 39) ; mais nous combattrons cette jurisprudence et nous déciderons que le mineur, dans ces conditions, n'est pas tenu des frais.

L'accusé absous reste, au contraire, tenu des dépens (cass., 30 juillet 1831 ; Dalloz, *Rép.* V° Frais, n° 977 et note 4) (1).

550. — Certains auteurs trouvent trop absolues les deux théories que nous venons de discuter : pour eux, l'acquittement basé sur le défaut de discernement a un caractère *tout spécial* : la sentence qui le prononce est, à certains points de vue, une sentence d'absolution, puisque le mineur est déclaré coupable ; à d'autres, une sentence d'acquittement, puisqu'il n'est pas pénalement responsable.

551. — Le défaut de discernement ressemblerait à une excuse absolutoire aux points de vue suivants :

(1) La Cour de cassation nous semble faire fausse route. En effet, l'article 123 du Code d'instruction criminelle ordonne la restitution à l'accusé *absous* de la partie du cautionnement qu'il a dû verser pour obtenir sa liberté provisoire et qui était affectée au paiement des frais. Rendrait-on cette partie du cautionnement si une condamnation aux dépens pouvait être prononcée contre l'individu *absous*?



1° La question de discernement, comme la question d'excuse, n'est pas examinée par les juridictions d'instruction, mais par les juridictions de jugement;

2° La question de discernement, comme les questions d'excuse, n'est pas comprise dans la question générale de culpabilité; elle est posée d'une manière distincte et subsidiaire :

3° En Cour d'assises, l'acquittement du mineur qui a agi sans discernement est prononcé, comme une sentence d'absolution, par un arrêt de la Cour et non par une ordonnance du président, comme le serait l'acquittement ordinaire : (nous admettrons sur ce point une théorie différente, *vide infrà*, p. 216);

4° Enfin, comme l'accusé absous, le mineur acquitté pour défaut de discernement, doit être condamné aux frais du procès : nous reviendrons aussi sur ce point.

552. — Le défaut de discernement ressemblerait, au contraire, à une cause de non culpabilité, aux deux points de vue suivants :

1° La sentence basée sur le défaut de discernement ne peut condamner le mineur à aucune peine, pas même au renvoi sous la surveillance de la haute police, remplacée aujourd'hui par l'interdiction de séjour, pas même aux amendes fiscales;

2° La sentence d'acquittement pour défaut de discernement, en Cour d'assises, étant la conséquence d'un verdict du jury, qui s'impose, au point de vue de l'exemption de toute peine, est, comme tout autre acquittement, à l'abri d'un recours en cassation; les articles 350 et 360 du Code d'instruction criminelle lui sont applicables.

553. — Cette théorie est très ingénieuse, mais ne nous parait pas exacte et nous continuons à penser que l'acquittement basé sur le défaut de discernement a tous les caractères d'un acquittement ordinaire, sauf l'envoi en correction qui est, nous le verrons, une simple mesure d'éducation.

§ 2. — Quels sont les effets de cet acquittement ?

554. — En nous plaçant au point de vue des effets de l'acquittement, nous allons nous demander :

I° Qui peut le prononcer;

II° Si l'on peut infliger une peine au mineur acquitté comme ayant agi sans discernement;

III° Si le mineur acquitté est tenu des réparations civiles;

IV° S'il est tenu des frais de l'instance.

555. — I° QUI PRONONCE L'ACQUITTEMENT? — D'après l'article 358 du Code d'instruction criminelle, « lorsque l'accusé aura été déclaré non cou-» pable, le *président* prononcera qu'il est acquitté de l'accusation et ordon-» nera qu'il soit remis en liberté, s'il n'est retenu pour autre cause. »

556. — Si le mineur est déclaré non coupable, la règle générale s'appliquera; s'il est, au contraire, déclaré coupable, mais sans discernement, le président de la Cour d'assises devra encore prononcer seul l'acquittement; mais il ne pourra pareillement statuer seul sur la question de savoir si l'accusé devra être remis à ses parents ou conduit dans une maison de correction. Il commettrait en cela un excès de pouvoir. Les deux termes de cette alternative pouvant avoir une importance capitale au point de vue de l'avenir de l'enfant, c'est à la Cour tout entière qu'il appartient de prononcer sur cet objet. Et, comme la Cour serait dessaisie par le prononcé de l'acquittement, le président doit, avant de le déclarer, faire délibérer la Cour sur la détermination qu'il convient de prendre, de manière que la prononciation de son arrêt suive immédiatement celle de l'acquittement.

557. — II° PEUT-ON INFLIGER UNE PEINE AU MINEUR DÉCLARÉ COUPABLE, MAIS AYANT AGI SANS DISCERNEMENT? — Il est indiscutable que le mineur déclaré coupable, mais ayant agi sans discernement, ne saurait être l'objet d'aucune peine, quelle que soit la juridiction devant laquelle il comparaît. Nous avons vu déjà que l'article 66 s'impose à tous les tribunaux, qui doivent l'appliquer en toutes ses parties. Or, l'article 66 parle d'acquittement : qui dit acquittement, dit inexistence d'infraction et exemption de toute peine; il serait curieux d'appliquer un châtiment pour la répression d'un crime ou d'un délit qui, nous le savons, n'est même pas constitué juridiquement, puisqu'il manque de l'élément moral.

558. — La jurisprudence s'était conformée à ce principe, en décidant, avant l'abolition de la surveillance de la haute police, que le mineur acquitté ne pouvait être soumis à cette surveillance. En effet, la surveil-

lance est classée par le Code pénal parmi les peines; il en résulte donc qu'elle ne peut être prononcée, comme les autres peines, que contre les mineurs de seize ans ayant agi avec discernement. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, à plusieurs reprises, notamment en matière de vagabondage : « attendu, » dit un arrêt du 12 août 1843, « que l'article 66
» contient des dispositions générales et absolues; attendu que le deuxième
» paragraphe de l'article 271 du Code pénal, qui affranchit les vagabonds
» âgés de moins de seize ans de l'emprisonnement, et qui veut, sur la
» preuve des faits de vagabondage, qu'ils soient renvoyés sous la sur-
» veillance de la haute police, n'a pas eu pour but d'empêcher les tribu-
» naux d'examiner la question de discernement et de refuser aux enfants
» qui ont agi sans discernement le bénéfice de la correction paternelle
» ou du renvoi dans une maison de correction, pour y apprendre un
» état..., que la surveillance de la haute police est une peine qui ne peut
» être appliquée qu'aux mineurs de moins de seize ans qui ont agi avec
» discernement... »

559. — Depuis la loi du 27 mai 1885, qui a remplacé la surveillance de la haute police par l'interdiction de séjour (art. 19, alinéa 2), il faut décider de même que le mineur acquitté pour avoir agi sans discernement ne peut pas être soumis à cette interdiction, qui est une véritable peine. A plus forte raison, ne peut-il pas être condamné à une peine d'emprisonnement quelconque : on ne croirait pourtant pas, si les preuves n'en existaient, que la Cour de cassation ait eu à rappeler cette incontestable vérité. Par un arrêt du 4 octobre 1845, elle a, en effet, annulé la condamnation d'un an et un jour d'emprisonnement infligée par la Cour d'assises de la Sarthe à Louis Lefaucheux, mineur de seize ans, que le jury avait déclaré avoir agi sans discernement.

560. — La Cour d'assises des Landes était arrivée à une solution curieuse : elle avait décidé que, dans le cas où il avait été reconnu par le jury que le mineur de seize ans avait agi sans discernement, le fait incriminé avait perdu sa qualité de crime pour dégénérer en un simple délit; et, faisant application de cet étrange principe, elle avait jugé qu'une fille F..., mineure de seize ans, déclarée coupable d'un vol qualifié, accompli sans discernement, était demeurée responsable d'un vol ordinaire et que, par conséquent, il y avait lieu de la condamner à l'em-

15

prisonnement et à la mise en surveillance autorisée par l'article 401 du Code pénal. Sur pourvoi, cet arrêt fut annulé, « attendu que, d'après » l'article 66 du Code pénal, l'accusé âgé de moins de seize ans doit être » acquitté, s'il est déclaré qu'il a agi sans discernement : que la loi ne » le reconnaît donc coupable ni de crime, ni de délit; que la détention » dans une maison de correction, qu'elle autorise la Cour d'assises à » prononcer contre lui, n'est point une peine, mais un moyen de sup- » pléer à la correction domestique, lorsque les circonstances ne per- » mettent pas de le confier à sa famille, etc. » (1).

561. — Nous venons de voir que le mineur ne peut être condamné à aucune peine; toutefois, une controverse s'est élevée relativement aux amendes en matière fiscale. Pour M. Garraud (2), même en matière fiscale, le mineur ne peut être condamné aux amendes, quoiqu'elles aient un caractère mixte et représentent tout à la fois la réparation du préjudice et la répression pénale de l'infraction. Mais la jurisprudence prétend que l'amende, en matière fiscale, a principalement le caractère de réparation civile et, de ce principe, la Cour de cassation a tiré la conséquence que le mineur de seize ans, déclaré coupable d'une contravention en matière de douane ou contributions indirectes, mais acquitté comme ayant agi sans discernement, doit être, néanmoins, condamné à l'amende (3).

562. — La Cour suprême a proclamé le même principe en matière de douane par arrêt solennel, toutes chambres réunies, le 13 mars 1844; en voici le texte :

« Vu l'article 41 de la loi du 28 avril 1816 : attendu que la matière des » douanes est régie par des lois spéciales, portant avec elles leur sanc- » tion particulière, dont l'article 484 du Code pénal prescrit aux cours » et tribunaux la stricte observation; que, si cet article n'a pas reçu une » acception trop absolue, en ce sens, que le Code pénal dût être consi- » déré comme complètement étranger aux matières de douane, il a

---

(1) Cass., 16 août 1822, *Bulletin*, 1822, p. 317.
(2) Garraud, *Traité*, t. I, p. 335.
(3) Cass., 18 mars 1842, Sirey, 1842. 1. 465.
Cass., chambres réunies, 13 mars 1844, Sirey, 1844. 1. 365.

» cependant toujours été reconnu que la loi générale devait céder devant
» la loi spéciale et que, là où celle-ci présentait une disposition, elle
» devait être seule appliquée, quelque contraire qu'elle pût être au droit
» commun; attendu que les amendes qui doivent être prononcées pour
» contravention aux lois sur les douanes n'ont pas un véritable carac-
» tère pénal, qu'elles sont plutôt une réparation civile; que cela résulte
» de la législation spéciale de la matière, notamment des dispositions
» des articles 1er, titre V, et 20, titre XIII, de la loi du 22 août 1791, 8, titre
» III, de celle du 4 germinal, an II, de l'arrêté du Directoire exécutif
» du 27 thermidor, an IV, et 56 de la loi du 28 avril 1816; que, en ce
» qui touche cette dernière loi, il importe peu qu'on puisse dire que
» l'article 56 précité a été expressément abrogé par l'article 38 de la
» loi du 21 avril 1818; que cette abrogation, prononcée seulement comme
» la conséquence de la suppression des Cours prévôtales, dont les attri-
» butions passaient aux tribunaux correctionnels, n'a pas eu pour objet
» de changer le caractère de l'amende pour fait de douane, tel que l'avait
» déterminé la loi de 1816, et même toutes celles antérieures en matière
» semblable, ni de faire que, de réparation civile qu'elle était, elle prît
» la nature d'une peine, et que tout ce qui en est résulté est que l'amende,
» en tombant sous la juridiction correctionnelle, s'est trouvée rangée,
» par exception au droit commun, dans la catégorie des restitutions et
» des dommages-intérêts, dont l'article 10 du Code pénal veut que la
» condamnation soit accessoire à celle de la peine... »

563. — La théorie exposée par la Cour de cassation a le mérite, à force d'être ingénieuse, de sauvegarder les intérêts du fisc, qui auraient pu être compromis, si on avait conservé à l'amende fiscale son caractère exclusif de peine. Mais ce n'en est pas moins une théorie hybride; et, pour nous, qui sommes tout à fait insensible aux intérêts du fisc, et que préoccupe uniquement la saine interprétation de la loi, nous n'hésitons pas à la déclarer inadmissible.

564. — Ou bien l'amende est une peine, ou bien elle est une réparation civile; mais on ne saurait lui reconnaître à la fois l'un et l'autre caractères, à moins de méconnaître absolument l'article 10 du Code pénal qui distingue soigneusement les peines des réparations civiles. Il faudrait, pour déroger à la règle générale établie par cet article, un texte

bien précis et bien formel. Or, nous n'en trouvons nulle part qui soumette l'amende aux règles de la réparation civile. Les textes mêmes invoqués par la Cour de cassation ne disent aucunement ce qu'elle veut leur faire exprimer. Nous allons en transcrire trois, qui sont, pour ainsi dire, la clef de voûte de son système. Le premier est l'article 20 du titre XIII de la loi des 6-22 août 1791 sur les douanes, d'après lequel : « les » propriétaires des marchandises seront *responsables civilement* du fait de » leurs facteurs, agents, serviteurs et domestiques, en ce qui concerne » les droits, confiscations, *amendes* et dépens. » Une disposition analogue se retrouve, soit dans l'article 8 du titre III du décret du 4 germinal, an II, qui, après avoir frappé d'une amende les conducteurs de messageries et voitures publiques, coupables de certaines contraventions aux droits de douanes, ajoute que « les fermiers ou régisseurs intéressés » *seront solidaires*, avec les conducteurs pour cette *amende;* » soit dans l'article 35 du décret du 1er germinal, an XIII, sur les droits réunis, ainsi conçu : « les propriétaires des marchandises *seront responsables* du » fait de leurs facteurs, agents ou domestiques, en ce qui concerne les » droits, confiscations, *amendes* et dépens. »

565. — Eh bien, que signifient ces textes? — en bon français, cela veut dire : « propriétaires, fermiers, régisseurs, si vos employés commettent » des contraventions, ils seront condamnés à une amende de... Seulement, comme nous sommes ici en matière spéciale et qu'il s'agit de » mieux assurer, dans l'intérêt du fisc, la perception de cette amende, » vous êtes avertis que nous donnons une entorse au principe de la personnalité des peines. Votre employé enregistrera à son passif une » condamnation dont il se moque et, jouant l'insolvable, vous laissera » le soin de payer l'amende. Veillez bien sur ceux dont vous utilisez les » services! »

566. — Pour M. Garraud (1), la véritable pensée de la loi est celle-ci : si les maîtres et commettants, propriétaires des marchandises, si les fermiers ou régisseurs sont responsables des amendes prononcées contre leurs agents, c'est qu'ils ont commis une faute d'autant plus grave

(1) Garraud, *Précis*, p. 281 et 282.

qu'elle leur est profitable, celle de n'avoir pas surveillé leurs préposés. La loi a donc pu ériger en délit *sui generis* ce défaut de surveillance, sans déroger à la règle que toute peine doit être personnelle.

567. — Quelle que soit, d'ailleurs, l'interprétation qu'on adopte, elle vaudra toujours mieux que celle de la Cour de cassation. On a peine à s'imaginer qu'un corps judiciaire, qui est censé composé de jurisconsultes éminents, en arrive à des conceptions aussi fantasques et mette ainsi les textes sous le marteau pilon pour leur faire exprimer, coûte que coûte, ce qu'ils ne contiennent pas.

568. — N'en déplaise à la Cour de cassation, n'en déplaise au fisc, nous n'hésitons pas à affirmer, au nom des principes et du bon sens, que l'amende fiscale n'a rien d'une réparation civile, qu'elle est et doit rester une peine. En effet, comme toute peine et comme l'amende ordinaire :

1° L'amende fiscale est personnelle. Sans doute, d'après les articles que nous avons cités tout à l'heure, les propriétaires, maîtres, régisseurs, sont tenus d'en acquitter le montant, si le coupable ne s'exécute pas; mais il n'en demeure pas moins vrai qu'elle ne doit être appliquée qu'aux auteurs des infractions : la Cour de cassation reconnaît elle-même qu'elle ne peut être prononcée après la mort du délinquant contre ses héritiers;

2° L'amende fiscale est prononcée en vertu d'une loi qui défend ou ordonne certains faits, sous la menace d'une amende;

3° L'amende fiscale, ainsi attachée par la loi à telle action ou telle inaction, a besoin d'être prononcée par les juges, après constatation préalable de la culpabilité du délinquant. Il en serait autrement, l'amende serait civile et non répressible, si elle résultait, en vertu de la disposition légale qui l'édicte, de la contravention elle-même, si bien que les juges n'eussent à intervenir que dans le cas d'une contestation sur son existence ou sur sa quotité : tel est le caractère des amendes fiscales pour contraventions aux lois sur l'enregistrement et le timbre.

4° L'amende fiscale, au point de vue de la prescription, est soumise aux règles édictées par le Code d'instruction criminelle (Cassation, 5 juin 1880);

569. — Ce n'est pas tout encore :

5° La loi du 21 juin 1873, sur les contributions indirectes, dans son

article 6, s'exprime de la manière suivante : « Tout transport de spiri- » tueux sans expédition ou avec une expédition inapplicable donnera » lieu *aux pénalités* édictées par l'article premier de la loi du 28 février » 1872. » Si la théorie de la Cour de cassation reposait vraiment sur une base légale, pourquoi la loi n'eût-elle pas dit *donnera lieu aux réparations civiles?* Les auteurs de la loi connaissaient pourtant la théorie de la Cour de cassation : auraient-ils voulu par hasard la condamner indirectement?... ;

6° Cette même loi, en son article 7, dit encore : « *en cas de récidive*, l'amende ne pourra pas être « inférieure à cinq cents francs. » Le terme *récidive* appartient au langage du droit pénal : on ne parle pas de récidive, lorsqu'il s'agit de réparation civile;

7° L'article 9 de la même loi parle de *recéleur* des boissons, et l'article 6 (alinéa 4) de la loi du 31 décembre 1873 parle de « *complices de la fraude* » : ces expressions sont absolument étrangères au langage du droit civil ;

8° Enfin, la loi de finances du 30 mars 1897, abrogeant l'article 42 d'une loi du 30 mars 1888, dont elle reproduit, d'ailleurs, les dispositions pour les étendre, dispose dans son article 19, alinéa 2 : « En matière de » contributions indirectes, et par application de l'article 463 du Code » pénal, si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont » autorisés, lorsque la bonne foi du contrevenant sera dûment établie » et en motivant expressément leur décision sur ce point, à modérer le « montant des amendes et à le libérer de la confiscation, sauf pour les » objets prohibés, par le paiement d'une somme que le tribunal arbitrera » et qui ne pourra, en aucun cas, être inférieure au montant des droits » fraudés » : nous n'avons jamais vu, ni lu, que, en matière de réparation civile, on eût à faire application des circonstances atténuantes.

570. — Eh bien, malgré ces textes nouveaux, la Cour de cassation maintient son ancienne jurisprudence : elle décide, en effet, que le sursis accordé par la loi Bérenger pour le paiement de l'amende ne peut pas être accordé à l'amende en matière fiscale (arrêts des 19 novembre 1891 et 22 décembre 1892). C'est introduire dans la loi du 26 mars 1891 une distinction qu'on y chercherait vainement.

571. — La discussion à laquelle nous venons de nous livrer laisse

entrevoir notre conclusion. L'amende fiscale est une peine au même titre que l'amende ordinaire. Par conséquent, on ne saurait y soumettre le mineur reconnu coupable, mais ayant agi sans discernement, puisque l'article 66 veut qu'il soit acquitté. Même en admettant la théorie que nous avons combattue, on doit aboutir à la même conclusion, puisque la Cour suprême reconnaît à l'amende fiscale un caractére pénal. La Cour, toutefois, décide le contraire, en déclarant que le caractère de réparation civile l'emporte sur le caractère pénal... c'est surtout affirmatif!.....

572. — III° Le mineur acquitté est-il tenu des réparations civiles? — Nous venons de voir que le mineur qui a agi sans discernement échappe à toute peine. Mais que dirons-nous de sa responsabilité purement pécuniaire ou civile? pourra-t-on poursuivre sur ses biens la réparation du dommage qu'il a pu occasionner?

573. — L'on répond généralement que l'acquittement dont bénéficie le mineur qui a agi sans discernement ne met pas obstacle à l'application du principe de la responsabilité civile, consacré par l'article 1382 du Code civil. Qu'il soit majeur ou mineur, celui qui cause à autrui un préjudice est tenu de le réparer, et le mineur de seize ans, alors même qu'il a agi sans discernement, peut être condamné à des dommages-intérêts envers la partie civile. Ainsi en ont décidé trois arrêts de la Cour de cassation des 24 mai 1855 (1), 26 mars 1858 (2), 7 juillet 1864 (3).

574. — Sur ce point encore, nous émettons une opinion contraire. Si nous lisons attentivement, en effet, l'article 1382 du Code civil, si nous consultons la raison philosophique, nous acquerrons la conviction que la responsabilité, même purement civile, puise sa source *dans une faute*, ou tout au moins, dans un acte *imputable à son auteur*. Donc, quand le fondement de l'imputabilité des actions humaines fait totalement défaut, la responsabilité manque de base. Il est admis, par exemple, que le prévenu, acquitté pour cause de démence, est affranchi de tout recours sur ses biens. Pourquoi ne pas admettre la même solution pour le mineur? Au point de vue moral, le dément et le mineur sont dans une

(1) Cass., 24 mai 1855. Dalloz, 1855. 1. 426.
(2) Cass., 26 mars 1858, *Bulletin*, 1858 n° 108, p. 175. — Dalloz. 1858, 5° partie, colon. 170.
(3) Cass., 7 juillet 1864, *Bulletin*, 1864, n° 174, p. 317. — Dalloz, 1865, 5° partie, colon. 209.

situation analogue : seulement, chez le premier, la maladie a détruit le discernement; chez le second, le discernement n'existe pas encore. Le dément acquitté n'a commis aucun crime; le mineur acquitté, nous l'avons vu, n'a commis, lui non plus, aucun crime. La responsabilité civile du mineur qui a agi sans discernement n'a pas plus de fondement que la responsabilité du dément acquitté. Par conséquent, à notre avis, cet enfant doit, à son tour, être affranchi de tout recours sur ses biens.

575. — « Il n'y a point à cela d'injustice, » ajoute Sourdat (1). « Qu'on ne s'étonne pas de ce que l'auteur du dommage, que l'on peut » supposer être riche, ne sera pas obligé de réparer le préjudice qu'il » aura causé à un plus pauvre que lui. Remarquons-le, il n'y a pas ici » de raison de faire retomber le dommage sur l'un plutôt que sur l'autre. » C'est un cas fortuit, de même, dit Ulpien, que si une tuile se détache » du toit et donne la mort à un passant :

« *Quærimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit ?* » *Et Pegasus negavit : quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit?* » *Et hoc est verissimum. Cessabit igitur aquilia actio, quemadmodum si* » *quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit. Sed et, si infans* » *damnum dederit, idem erit dicendum* (2).

576. — « La faute, » dit à son tour M. Baudry-Lancantinerie (3), » est une négligence *coupable* et, par conséquent, *imputable* à celui qui » la commet; elle suppose un fait dépendant de sa volonté. Ainsi, les » faits illicites accomplis par une personne en état d'aliénation mentale, » ou par un enfant qui n'a pas encore l'usage de la raison, ne peuvent » constituer ni un délit civil, ni un quasi délit et n'engendreraient, par » suite, aucune responsabilité à la charge de leur auteur; mais ils pour» raient mettre en jeu la responsabilité civile des personnes sous la » garde desquelles l'agent irresponsable se trouve. » — La Cour de cassation l'a reconnu dans de nombreux arrêts (4).

---

(1) Sourdat, *Traité de la Responsabilité ou de l'action en dommages intérêts en dehors des contrats*, t. I., n° 16, p. 9 et 10.

(2) Loi 5, § 2, D., *Ad legem aquiliam.*

(3) *Précis de Droit civil*, t. II, p. 915.

(4) Cass., 22 juin 1855, *Bulletin*, 1855, n° 227, p. 369.

Cass., 7 juillet 1861, *Bulletin*, 1861, n° 174, p. 317. — Dalloz, 1865. 5.209. — Cass,, 7 janvier

577. — Donc, l'absence de discernement entraîne l'irresponsabilité civile.

578. — Mais, en nous plaçant un instant au point de vue de l'opinion adverse, demandons-nous si les condamnations pécuniaires qui peuvent atteindre le mineur n'exigent pas, pour être prononcées, la présence du tuteur? On répond que, en matière criminelle, le mineur peut procéder comme s'il était majeur, en vertu de la maxime « *minor in delictis major habetur.* » La Cour de cassation a consacré cette manière de voir dans un arrêt du 15 janvier 1846, arrêt où elle déclare « qu'il résulte de l'en-
» semble des dispositions du Code d'instruction criminelle et, notam-
» ment, des articles 145, 147, 159, 162, 182, 192, 358, 359 et 366, que la
» loi ne fait aucune distinction, soit quant aux formes de la poursuite,
» soit quant aux pouvoirs des juges, entre l'accusé ou prévenu majeur
» et l'accusé ou prévenu mineur; qu'aucune disposition dans ce Code
» n'impose au ministère public, dans l'exercice de l'action publique, ou à
» la partie civile, dans l'exercice de l'action civile suivie devant les tri-
» bunaux de répression accessoirement à la première, l'obligation
» d'appeler en cause le tuteur ou curateur de l'accusé ou prévenu mineur;
» que cet accusé ou prévenu trouve des garanties suffisantes dans les
» formes que le Code a établies dans l'intérêt de la défense; qu'il n'y a
» pas lieu d'admettre une exception à ces règles pour l'action en dom-
» mages-intérêts, formée par la partie civile contre l'accusé acquitté,
» d'abord, parce qu'elle ne serait point justifiée par les termes des
» articles 358 et 366, dont les dispositions comprennent dans une seule
» et même catégorie les diverses actions en dommages-intérêts, dont
» elles attribuent la connaissance à la Cour d'assises, et, ensuite, parce
» que cette exception serait inconciliable avec la forme de procéder qu'éta-
» blissent lesdits articles... »

579. — MM. Chauveau et Hélie critiquent avec raison cette pratique. La maxime « *minor in delictis major habetur*, » qui n'est qu'une conséquence de cette autre maxime « *quia malitia supplet aetatem*, » dont les

---

1876, *Bulletin*, 1876, n° 13, p. 23.
Cass., 10 février 1876, *Bulletin*, 1876, n° 45, p. 84.

anciens jurisconsultes ont souvent abusé, ne peut pas s'appliquer dans notre hypothèse, car nous ne sommes plus, au point de vue des dommages-intérêts, en matière criminelle. L'action en dommages-intérêts de la partie civile est essentiellement civile, et, si l'article 3 du Code d'instruction criminelle permet de poursuivre cette action en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, elle n'en demeure pas moins soumise aux régles du droit civil. Or, l'une de ces règles est que le mineur ne peut défendre à une action civile qu'avec l'autorisation de son tuteur : peu importe la juridiction chargée de statuer.

580. — Pourquoi, d'ailleurs, le mineur ne serait-il pas aussi protégé devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils? Pourquoi la présence du tuteur ne serait-elle pas exigée partout où les intérêts du pupille sont mis en danger? La question de procédure ne saurait être un obstacle, car rien n'empêcherait la partie civile de mettre en cause devant la Cour d'assises, comme elle l'eût fait devant le tribunal civil, le tuteur avec le pupille.

581. — Cette critique nous paraît fondée. Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette question, qui, étant donné la solution que nous avons admise, relativement à la responsabilité civile du mineur, est dénuée pour nous de toute espèce d'intérêt.

582. — IV° Le mineur acquitté est-il tenu des frais de l'instance? — L'article 368 du Code d'instruction criminelle répond à la question d'une façon qui nous paraît catégorique : « L'accusé ou la partie civile *qui* » *succombera* sera condamnée aux frais envers l'État et envers l'autre » partie. » Le point qu'il importe d'élucider, par conséquent, est de savoir si le mineur acquitté a succombé, ou non : nous allons essayer de le faire en remontant aux sources.

583. — Le principe contenu dans l'article 368 a été puisé dans deux lois de notre droit intermédiaire. La première de ces lois, celle du 18 germinal, an VII, disait dans son article 1er : « Tout jugement d'un tri- » bunal criminel, correctionnel ou de police, *portant condamnation à une* » *peine quelconque*, prononcera en même temps, au profit de la Répu- » blique, le remboursement des frais auxquels la poursuite et punition » des crimes et délits aura donné lieu. » — La seconde, celle du 5 pluviôse, an XIII, s'exprimait en ces termes : « En toute affaire criminelle,

» la partie publique fera l'avance des frais d'instruction, expédition et » signification des jugements, du remboursement desquels ceux qui se » seront constitués parties civiles seront personnellement tenus, sauf, » dans tous les cas, le recours des parties civiles contre les prévenus et » accusés *qui auraient été condamnés* » (art. 4, al. 2). Ces deux textes nous donnent le vrai sens du mot *succombera :* en employant ce terme nouveau, l'article 368 n'a pas introduit une innovation ; pour quiconque le lit sans idée préconçue, il s'en dégage cette règle qu'une *condamnation à une peine* est nécessaire pour que l'accusé ou le prévenu puisse être condamné aux frais. Or, nous l'avons vu, quand il est déclaré que le mineur a agi sans discernement, le crime ou le délit ne lui est pas imputable : l'acquittement est bien réellement un acquittement et non pas une absolution : par conséquent, le mineur n'a pas *succombé* : il n'est pas tenu des frais.

584. — La jurisprudence, cependant, condamne d'une manière régulière le mineur acquitté pour défaut de discernement à payer les frais : la Cour de cassation, nous le savons, est la protectrice née des intérêts du Trésor. Veut-on savoir comment elle en arrive à tourner l'article 368 et à faire payer les frais au mineur acquitté? En déclarant que les frais n'ont pas un caractère pénal, mais un caractère de réparation civile envers le Trésor. C'est tout simplement divinatoire! Lisez plutôt les motifs d'un arrêt du 25 mars 1843 : « en ce qui touche la condamnation » solidaire aux frais prononcée contre le demandeur : attendu que la » déclaration de culpabilité, quelle qu'en soit la forme, suffit pour motiver, même à l'égard d'un mineur âgé de moins de seize ans qui est » déclaré avoir agi sans discernement, la condamnation aux frais du » procès, solidairement avec les autres condamnés pour le même fait; » que, en effet, ces frais, à l'égard d'un individu mineur de moins de » seize ans, acquitté pour avoir agi sans discernement, *ont un caractère* » *de réparations purement civiles envers le Trésor public*, et ne sont » qu'une restitution des avances auxquelles la nécessité de la poursuite » a donné lieu; que, par conséquent, le mineur qui, par son fait, a nécessité cette poursuite doit être condamné au remboursement des frais » envers l'État, solidairement avec les individus condamnés comme » coupables du crime ou du délit qui a donné lieu au procès : d'où il

» suit que l'arrêt attaqué, en condamnant le demandeur solidairement » aux frais du procès, lui a fait une juste application de l'article 368 du » Code d'instruction criminelle... » (1).

585. — La Cour de cassation n'a oublié qu'une chose : nous indiquer les textes du Code sur lesquels elle base son ingénieuse argumentation. Elle commence par affirmer, — tout simplement! — que la déclaration de culpabilité suffit à motiver la condamnation aux frais. Pour elle, la condamnation aux frais dépend de la solution d'une *question de faute* : si l'on peut dire, par exemple, de l'individu, prévenu ou accusé, qu'il a commis une faute pouvant expliquer la poursuite, cette faute, bien qu'insuffisante pour le faire condamner à une peine, suffit pour le faire condamner aux dépens : *dedit locum inquirendi.* — Mais ce système ne peut être adopté, parce qu'il méconnaît le caractère *accessoire* de la condamnation aux dépens, laquelle ne va pas sans une condamnation principale. Il aboutit, d'ailleurs, à des contradictions choquantes : on admet, par exemple, que l'accusé absout parce que l'élément légal de l'infraction fait défaut, ne peut être condamné aux dépens (*Blanche*, I, 338,339). On admet, au contraire, que l'accusé, absout parce que l'action publique est prescrite, peut y être condamné (*Blanche*, I, 341 et F. Hélie, *Prat. crim.* I, 500). Entre les deux situations, il y a sans doute une différence; mais, au point de vue *des frais de la poursuite*, ne doivent-elles pas être assimilées? Dans les deux cas, le ministère public n'a-t-il pas eu tort de poursuivre un fait qui ne pouvait être puni? — *Autre contradiction* : on condamne aux frais le mineur de seize ans renvoyé de la poursuite comme ayant agi sans discernement; on n'admet pas, au contraire, la condamnation aux dépens de l'individu renvoyé de la poursuite pour démence au temps de l'action (*Blanche*, I, 342, 340). Dans les deux cas, cependant, l'impunité de l'agent a pour cause son défaut de raison morale au moment du délit. Comment donc cette impunité peut-elle aboutir à deux résultats si différents? — Enfin, si la théorie de la faute est exacte, on devrait l'appliquer à l'individu *acquitté*, toutes les fois qu'on peut dire de lui : *dedit locum inquirendi.* Or, on refuse absolument de condamner

(1) Cass., 25 mars 1843, Dalloz, 1843. 1. 235.

aux dépens envers l'État l'individu *acquitté*, lorsqu'il n'y a point de partie civile en cause. La Cour de cassation est allée jusqu'à admettre qu'un chasseur, qui avait simulé n'avoir point de permis de chasse et qui obtenait son relaxe en exhibant ce permis à l'audience, ne pouvait être condamné aux frais. Cependant, dans ce cas, la poursuite n'avait eu lieu que par sa faute (cass., 13 février 1845; 6 mars 1846).

586. — Le meilleur moyen d'éviter ces contradictions est d'en revenir purement et simplement au texte de l'article 368, dont nous avons donné plus haut le véritable sens, et de ne prononcer de condamnation aux dépens qu'accessoirement à une condamnation pénale.

587. — Mais la Cour suprême ne s'en tient pas là! Les frais, dit-elle, ont un caractère de réparation civile envers le Trésor! Oh mais pas à l'égard de tout le monde, à l'égard du mineur seulement. A l'égard du mineur : cela est encore trop général : — *distinguo!* — à l'égard du mineur de moins de seize ans, acquitté comme ayant agi sans discernement. Ainsi donc, pour que les frais aient un caractère de réparation civile, il faut qu'il s'agisse d'un mineur, que ce mineur ait moins de seize ans et qu'il ait été acquitté comme ayant agi sans discernement! Si l'on demandait à la Cour de cassation où elle a trouvé cette théorie? Ce n'est assurément pas dans l'article 368, siège de la matière. Cet article ne donne pas aux frais le caractère de réparation civile : encore moins fait-il toutes les distinctions que nous venons de signaler. Parlons-en mieux. Cet arrêt arrive, au moyen d'un subterfuge, à assurer le remboursement des avances faites par le Trésor, mais nous ne saurions lui reconnaître les caractères d'une décision jurisprudentielle.

588. — La Cour suprême a consacré la même règle en matière de délits (1) et en matière de contraventions (2). Citons, pour mémoire, un arrêt du 10 février 1876 : « attendu que les articles 161 et 162 du Code » d'instruction criminelle prescrivent de condamner le prévenu qui est

---

(1) Cass., 11 octobre 1845, *Bulletin*, 1845, n° 321, p. 507.
(2) Cass., 21 mai 1855, *Bulletin*, 1855, n° 172, p. 288.
Cass., 22 juin 1855, *Bulletin*, 1855, n° 227, p. 369. — Sirey, 1855. 1. 619.
Cass., 7 juillet 1864, *Bulletin*, 1864, n° 174, p. 317. — Dalloz, 1865. 5. 209.
Cass., 7 janvier 1876, *Bulletin*, 1876, n° 13, p. 23. — Dalloz, 1876. 1. 415.

» convaincu de contravention de police à la peine dont elle l'a rendu
» passible, ainsi qu'à la réparation du dommage qui en est résulté et
» aux frais de la poursuite, qui ne sont qu'une indemnité civile envers
» l'État; que cette règle s'applique même au mineur âgé de moins de
» seize ans qui est déclaré avoir agi sans discernement, puisque l'article
» 66 du Code pénal l'affranchit uniquement de la peine qu'il avait encou-
» rue; que le jugement par lequel il est renvoyé de la prévention, à
» raison de cette circonstance, doit, dès lors, prononcer en même temps
» contre lui les autres condamnations... »

589. — Nous venons de critiquer la doctrine de la Cour de cassation en nous plaçant uniquement au point de vue des textes; si nous l'envisageons dans ses conséquences logiques, combien plus insoutenable ne nous paraîtra-t-elle pas? Et, en effet, si, dans une affaire, il y a un prévenu de plus de seize ans et un prévenu de moins de seize ans, et que le premier soit condamné, l'enfant acquitté pour défaut de discernement sera tenu des frais, solidairement avec le condamné, puisque la Cour de cassation assimile à un condamné cet acquitté spécial. Mais, puisqu'on le transforme en condamné, il faut aller plus loin. Ce n'est pas seulement à des frais, des restitutions et des dommages-intérêts que sont tenus solidairement ceux qui sont condamnés pour un même crime ou pour un même délit. Cette solidarité s'étend aux amendes (art. 55 du Code pénal). Or, ou le principe de la Cour de cassation est inexact, ou il faut dire que voici un acquitté qui, au cas d'insolvabilité de son coprévenu ou de son coaccusé, sera tenu de payer intégralement l'amende encourue par ce dernier.

590. — Voilà à quelles conséquences logiques aboutit la théorie de la Cour de cassation; or, ces conséquences sont la violation manifeste de l'article 66, qui exempte de toute peine le mineur acquitté. Donc, la théorie de la Cour de cassation est radicalement fausse.

591. — Il n'en est pas moins vrai que des condamnations pécuniaires sont prononcées par les tribunaux criminels contre des mineurs acquittés comme ayant agi sans discernement. Ces condamnations peuvent-elles être exécutées par la voie de la contrainte par corps?

592. — La question fut autrefois vivement débattue. Tout d'abord, sous l'empire de la loi du 17 avril 1832, la Cour de cassation avait décidé

que le mineur acquitté comme ayant agi sans discernement était contraignable par corps. Elle s'appuyait sur la généralité des termes de l'article 33 de la loi, lequel ne fait aucune distinction entre majeurs et mineurs et qui est ainsi conçu : « les arrêts, jugements et exécutoires, portant » condamnation au profit de l'État à des amendes, restitutions, dom- » mages-intérêts et frais, en matière criminelle, correctionnelle ou de » police, ne pourront être exécutées par la voie de la contrainte par corps » que cinq jours après le commandement... » (1).

593. — Cette manière de voir soulevait de graves objections. En effet, n'y avait-il pas une erreur d'appréciation? Le siège de la matière était-il bien dans la loi de 1832 et ne fallait-il pas plutôt le chercher dans l'article 2064 du Code civil qui exempte les mineurs de la contrainte par corps? Ne l'oublions pas, le mineur a été acquitté : aucune peine n'a pu être prononcée contre lui. Les réparations pécuniaires auxquelles il a été condamné n'ont aucunement le caractère de peine, mais un caractère purement civil. Pour les dommages-intérêts, cela ne fait pas l'ombre d'un doute ; quant aux frais, nous savons quel caractère leur attribue la Cour de cassation. Par conséquent, le mineur doit se trouver dans la même situation que devant le tribunal civil. D'ailleurs, pour MM. Chauveau et Faustin-Hélie, même en matière criminelle, la contrainte par corps conserve son caractère propre et ne participe nullement de la nature répressive des peines qu'elle accompagne. Elle ne constitue qu'une voie d'exécution, qu'un simple moyen de recouvrement. L'emploi de cette voie semblait donc devoir être dominé par les règles du droit civil.

594. — On faisait encore remarquer que le but de la loi eût été manqué, si la contrainte par corps eût pu frapper les mineurs de seize ans acquittés pour avoir agi sans discernement. Qu'avait voulu, en effet, le législateur, en acquittant ces mineurs et en permettant aux juges de les rendre à leurs familles ou de ne prendre à leur égard que des mesures de correction, sinon les soustraire au contact des prisons? Cette mesure humanitaire n'aurait pas atteint le résultat qu'on en attendait, si la voie de la contrainte par corps avait dû permettre l'emprisonnement du

(1) Cass., 27 juin 1835, *Bulletin*, 1835, n° 261, p. 311 et 315.

mineur. La Cour de cassation l'avait bien compris. Aussi, dans un arrêt du 25 mars 1843, elle déclarait : « que, après avoir énuméré les divers » cas dans lesquels la contrainte par corps peut être prononcée en matière » civile et après avoir interdit aux juges de la prononcer hors les cas » déterminés par les articles qui précèdent, le Code civil, article 2064, » leur défend en outre de la prononcer contre les mineurs dans les cas » mêmes ci-dessus énoncés; que, aux termes de l'article 66 du Code » pénal, le mineur âgé de moins de seize ans qui a agi sans discerne- » ment doit être acquitté; il n'est passible d'aucune peine; que, s'il peut » être condamné à la réparation du dommage causé par le fait dont il » est déclaré auteur, c'est par l'effet d'une action purement civile; qu'il » se trouve, dès lors, replacé sous la protection de l'article 2064 et ne » saurait être soumis à la contrainte par corps... »

595. — La loi du 22 juillet 1867, qui abolit la contrainte par corps en matière civile et commerciale, tout en la maintenant en matière criminelle, correctionnelle et de simple police, a tranché définitivement la controverse, en décidant expressément, dans son article 13, que « les » tribunaux ne peuvent prononcer la contrainte par corps contre les » mineurs âgés de moins de seize ans accomplis à l'époque des faits » qui ont motivé la poursuite. »

§ 2. — Quelle est la nature de la détention infligée au mineur malgré l'acquittement ?

596. — Si le mineur de seize ans qui est déclaré avoir agi sans discernement doit être acquitté, l'article 66 édicte cependant des mesures que les juges sont autorisés à prendre à son égard. Le mineur « sera, » selon les circonstances, remis à ses parents ou conduit dans une mai- » son de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre » d'années que le jugement déterminera et qui, toutefois, ne pourra » excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année. » Le Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 (première partie, titre V, article 2) avait déjà donné au juge cette double faculté : le Code de 1810 n'a fait que la reproduire.

597. — Des deux mesures à prendre, la première, c'est-à-dire, la remise aux parents est, sans aucun doute, la meilleure, lorsqu'on peut compter, du moins, sur une surveillance efficace de la part de ces derniers; c'est uniquement dans le cas où la remise aux parents ne présenterait pas les garanties suffisantes et où les circonstances paraîtront l'exiger que les juges devront recourir au renvoi dans une maison de correction.

598. — L'article 66 parle de remise *aux parents*. Avant 1898, la jurisprudence avait, dans la pratique, étendu quelque peu les termes de la loi, en ce sens, que le tribunal remettait souvent l'enfant non pas seulement aux parents, auteurs directs, mais aux grands-parents, aux patrons, voire même à une personne honorable qui le réclamait. Nous avons vu maintes fois des exemples de ce fait, et nous ne croyons pas qu'il y eût lieu de regretter cette extension que la pratique avait donnée à la loi; néanmoins, en présence du texte de l'article 66, qui ne porte que le mot *parents* et qui ne semble viser que les auteurs directs, la Cour de cassation avait cassé un jugement du tribunal correctionnel d'Argentan, remettant un acquitté mineur de seize ans à l'Union française pour le sauvetage de l'enfance. Voici cet arrêt : il est du 20 juillet 1893 :

« La Cour,

« Statuant sur le pourvoi formé d'ordre de M. le Garde des Sceaux, » Ministre de la Justice, par M. le Procureur général en la Cour, dans » l'intérêt de la loi, contre le jugement du tribunal correctionnel d'Ar- » gentan, du 6 août 1891 ;

« Vu la lettre de M. le Garde des Sceaux, en date du 4 mars dernier;

« Vu le réquisitoire de M. le Procureur général;

« Vu l'article 441 du Code d'instruction criminelle et l'article 66 du » Code pénal :

« Attendu que Mercier, âgé de moins de seize ans, a été traduit, sous » prévention de vol, devant le tribunal correctionnel d'Argentan ; que » ce tribunal, après avoir, par le jugement attaqué, déclaré le prévenu » auteur du délit qui lui était imputé, l'a acquitté, comme ayant agi sans » discernement, et a ordonné qu'il serait remis à l'asile de l'Union fran- » çaise pour le sauvetage de l'enfance;

« Attendu que, aux termes de l'article 66 du Code pénal, le mineur » de seize ans, acquitté comme ayant agi sans discernement, doit, selon

16

» les circonstances, être remis à ses parents ou conduit dans une maison
» de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années
» que le jugement déterminera;

« Attendu que, en décidant que le jeune Mercier serait remis à l'asile
» de la Société du patronage ci-dessus désignée, le jugement attaqué n'a
» ordonné aucune des deux mesures prescrites par l'article 66 précité
» et a ainsi violé les dispositions de cet article :

599. — « Par ces motifs, casse... » (Cass., 20 juillet 1893 : Dalloz, 1895, 1. 406).

« D'une part, » disait M. l'avocat général Rau, dans son réquisitoire,
« il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de substituer à la colonie péni-
» tentiaire, dans laquelle, d'après la loi du 5 août 1850, les jeunes déte-
» nus sont élevés en commun, sous une discipline sévère, et appliqués
» aux travaux de l'agriculture, une maison de patronage d'ordre pure-
» ment privé. D'autre part, quel que soit le caractère de l'école péniten-
» tiaire, il n'appartient pas davantage aux tribunaux de la désigner nom-
» mément : c'est là une mesure purement administrative que l'adminis-
» tration seule peut prendre. »

600. — Ce qui, jusqu'à ces derniers temps, se faisait *officieusement*, peut se faire *officiellement*, depuis la loi des 19-21 avril *sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants*. Cette loi est assez importante pour que nous entrions, à son sujet, dans quelques développements.

601. — A la suite de la triste *affaire du petit martyr* abandonné dans une allée obscure de la rue Vaneau, à Paris, pour y mourir de faim, de froid ou de maladie (affaire Grégoire), l'opinion publique fut douloureusement impressionnée et réclama des châtiments énergiques contre les auteurs de pareils faits. D'ailleurs, on n'avait pas encore oublié les atrocités commises par les époux Borlet, en 1891, sur la personne de leur fillette, âgée de neuf ans, et l'indignation se réveilla plus fortement que jamais en présence des actes monstrueux qui furent de nouveau révélés. Malheureusement, le Code pénal n'armait pas suffisamment le ministère public; les tribunaux, liés par les textes, ne pouvaient infliger une répression proportionnée à la gravité des crimes contre l'enfance. Une modification législative devenait indispensable : elle fut demandée

à la tribune de la Chambre, dans la séance du 16 janvier 1897, par M. Henri Cochin, qui déposa une proposition de loi tendant à modifier les articles 310 et 311 du Code pénal.

602. — D'autres propositions de MM. Julien Goujon, Odilon-Barrot, Georges Berry vinrent se greffer sur la première. Une d'elles, notamment, présentée par M. Odilon-Barrot, dans la séance du 22 février 1897, a donné naissance à l'article 4 de la loi nouvelle :

« Messieurs, » disait l'honorable député, « la situation des enfants » maltraités par leurs parents ou par les personnes auxquelles ils se » trouvent confiés en fait, sinon en droit, a, depuis quelque temps, » appelé l'attention du Parlement et cette attention s'est manifestée par » le dépôt de plusieurs propositions tendant à combler les lacunes cons» tatées dans les articles du Code pénal relatifs à cette question.

« Toutefois, il me semble qu'un point a échappé aux recherches des » auteurs des diverses propositions : c'est celui de la garde des enfants » pendant la détention de leurs père ou gardiens plus ou moins légitimes » et en attendant le jugement à intervenir...

« C'est à cette situation spéciale qu'il m'a paru que la loi devait pour» voir, en attendant que le tribunal se fût prononcé sur la culpabilité du » prévenu, et eût statué, en cas de condamnation, sur la déchéance de » la puissance paternelle.

« En conséquence, j'ai l'honneur de soumettre à la Chambre la pro» position suivante, dont je la prie d'ordonner le renvoi à la commission » chargée d'examiner les diverses propositions déjà présentées par plu» sieurs de nos collègues sur la protection des enfants, et tendant » notamment à modifier et à compléter les articles 309, 310, 352 et 353 » du Code pénal :

« Article unique. — *Dans les cas prévus par la présente loi, le juge » d'instruction pourra, en même temps qu'il décernera un mandat de dépôt » contre l'accusé, ordonner que, jusqu'au jugement, la garde de l'enfant » sera provisoirement confiée à un ascendant, à un parent, ou à une per» sonne qu'il désignera, ou même à l'assistance publique. Cette ordonnance » devra être confirmée par le tribunal à sa première audience.* »

603. — Sur le rapport fait par M. de Folleville de Bimorel, le 29 mars 1897, l'ensemble du projet de loi fut adopté sans discussion le 11 juin de

la même année : la proposition de M. Odilon-Barrot, en formait l'article 5, conçu en ces termes : « *Dans tous les cas prévus par la présente loi, le » juge d'instruction commis pourra, en tout état de cause, ordonner, le » ministère public entendu, que la garde de l'enfant sera provisoirement » confiée, jusqu'à ce qu'il soit intervenu une décision définitive, à un » parent ou à une personne charitable qu'il désignera, ou, enfin, à l'assis- » tance publique.*

« *Toutefois, les parents de l'enfant, jusqu'au cinquième degré inclusi- » vement, son tuteur ou son subrogé-tuteur et le ministère public pourront » former opposition à cette ordonnance ; l'opposition sera portée à bref » délai devant le tribunal, en chambre du conseil, par voie de simple » requête.* »

604. — Transmis au Sénat le 14 juin, le projet de loi fut remanié par la commission sénatoriale. L'article 5, notamment, devenu article 4, reçut des modifications dont M. Bérenger exposa les motifs en ces termes, dans son rapport du 1er mars 1898 :

« Il s'agit d'investir le juge, chargé de l'instruction des délits prévus » par le projet, du droit de pourvoir provisoirement à la garde de l'enfant, » sauf recours des parents les plus proches devant la juridiction com- » pétente.

« La mesure est excellente. Elle répond à un vœu fréquemment » exprimé par les magistrats, aussi bien que par les associations ou » comités qui s'occupent de la protection de l'enfance. Ainsi pourra se » résoudre rapidement et simplement une question de première impor- » tance dont la solution présente souvent, à l'heure actuelle, de réels » embarras.

« Mais, si la mesure est bonne, pourquoi la limiter au seul cas que » prévoit le projet ? Pourquoi n'en pas faire une règle générale, toutes » les fois que l'intérêt de l'enfant l'exige ?

« D'autre part, pourquoi ne pas autoriser la remise de l'enfant aux » institutions charitables, souvent beaucoup plus en mesure de le recueil- » lir que des particuliers, et même, au moins en province, que l'assis- » tance publique, encore si imparfaitement organisée à cet égard ? Votre » commission a cru devoir étendre le texte proposé sous ces divers » rapports. »

605. — Le nouvel article 4 s'exprimait en ces termes : « *Dans tous* » *les cas de délits ou de crimes commis par des enfants ou sur des enfants,* » *le juge d'instruction commis pourra, en tout état de cause, ordonner, le* » *ministère public entendu, que la garde de l'enfant soit provisoirement* » *confiée, jusqu'à ce qu'il soit intervenu une décision définitive, à un parent,* » *à une personne ou à une institution charitable qu'il désignera, ou,* » *enfin, à l'assistance publique;* » — le reste, conforme : c'est la rédaction actuelle.

606. — La Chambre adopta ces modifications le 31 mars 1898.

607. — Il nous faut dire aussi un mot de l'article 5 de la loi nouvelle. Dans le projet primitif, accepté par la Chambre, il constituait l'article 6. M. Odilon-Barrot et la commission de la Chambre avaient proposé, pour éviter toute espèce de difficulté d'interprétation, dans un texte pénal et commun à toutes les dispositions de la loi nouvelle, la déchéance de plein droit de la puissance paternelle ou de la tutelle, comme une conséquence nécessaire et inéluctable de toute condamnation encourue par des ascendants ou tuteurs, à raison de mauvais traitements envers les enfants confiés à leurs soins. Ils avaient inséré cette innovation dans l'article 6.

Le Sénat, la trouvant exagérée, la remplaça par l'article 5 actuel : « *Dans les mêmes cas, les cours ou tribunaux saisis du crime ou du délit* » *pourront, le ministère public entendu, statuer définitivement sur la garde* » *de l'enfant.* »

608. — Comme on le voit, les articles 4 et 5 touchent à l'article 66 du Code pénal, dont la réforme est demandée depuis si longtemps. Voici, par exemple, un enfant arrêté pour vagabondage ou mendicité : que pouvait-on faire avant la loi actuelle? — Le remettre à ses parents ou l'envoyer en correction. Les sociétés de bienfaisance et l'assistance publique ne pouvaient intervenir qu'officieusement et se faisaient céder certains droits par les parents eux-mêmes, au moyen d'actes qui n'avaient souvent aucune valeur légale.

609. — Aujourd'hui, l'institution charitable peut recevoir du juge d'instruction le droit de garder provisoirement l'enfant et le tribunal correctionnel peut, à l'audience, investir l'institution du droit de garde, à titre définitif. C'est là une réforme très grave, très appréciée par toutes

les œuvres de bienfaisance, car elles viennent toutes d'acquérir une faculté nouvelle, même celles qui ne sont pas reconnues d'utilité publique, même celles qui n'auraient pas été spécialement *autorisées à cet effet*, selon la formule de la loi de 1889.

610. — Toutefois, à peine née, la loi nouvelle a soulevé des critiques. Cet article 4, dit-on, s'est glissé subrepticement, à la dernière heure, dans une loi qui avait un tout autre but : la répression de crimes atroces commis contre des enfants par des parents indignes de ce nom. Cette loi, dès lors, devrait être intitulée : « *Loi concernant la détention préventive des enfants.* » On a ainsi assimilé les enfants victimes d'actes coupables aux enfants coupables eux-mêmes. Combien de considérations n'aurait-on pas pu faire valoir contre cette assimilation! Le droit du juge est absolu ; il pourrait placer tous les enfants dans les hospices de l'assistance publique, sauf l'audition du ministère public.

Mais l'exercice de ce droit du ministère public n'est nullement organisé. Toute cette procédure, tout ce mécanisme tutélaire ont besoin d'être réglementés. Dans la pratique, la communication d'un dossier à un parquet déjà surchargé, comme cela se produit malheureusement dans les grandes villes, n'offrira pas de grandes garanties. En fait, ce parquet suivra toujours l'avis du juge d'instruction, en qui il a confiance.

611. — L'assistance publique elle-même, est-elle préparée à sa nouvelle mission? — Elle n'a pu rien faire, n'ayant pas de fonds pour cette destination. — Aura-t-elle le droit de refuser l'enfant qu'on lui envoie, ou bien le juge d'instruction pourra-t-il lui en imposer la garde? — Quel sera le régime auquel sera soumis l'enfant? — Autant de questions qui se posent et que la loi ne résout point.

612. — L'asile temporaire créé en 1891, à Paris, rue Denfert-Rochereau, avait déjà réalisé un grand pas dans la voie du gardiennage de l'assistance publique. Malheureusement l'expérience a rapidement démontré que beaucoup de ces enfants, confiés par les juges d'instruction, étaient loin d'avoir les qualités qu'on leur prêtait. On a dù jeter un cri d'alarme dès 1895. — Et c'est à ce moment qu'une loi imprévoyante ouvre toutes grandes les portes des hospices, en paraissant les obliger à céder devant les décisions des juges d'instruction !

Il faut que ceux-ci n'agissent qu'avec la plus grande circonspection,

pour éviter l'encombrement et ses dangers. Ils sont élevés à la hauteur du juge civil, ordonnant des mesures provisoires, portant une atteinte des plus graves à ce droit primordial, la puissance paternelle. Quelle responsabilité !

613. — A nos yeux, toutes ces critiques n'ont pas grande valeur. Cet article 4, quoique voté *in extremis*, contient trois excellentes innovations : 1° il modifie heureusement l'article 66 du Code pénal, en donnant au juge un moyen d'en éviter l'application ; 2° il apporte à l'enfant un bienfait capital, en permettant de le confier à des œuvres charitables, au lieu de l'envoyer en correction ou de le remettre à des parents indignes ; 3° il crée, en ce qui concerne la loi de 1889, un moyen nouveau et précieux de ne pas appliquer la déchéance paternelle et d'utiliser le droit de garde.

614. — Et, d'ailleurs, il entoure cette décision *provisoire* de sérieuses garanties ; il y associe le ministère public et il institue l'opposition en chambre du conseil, des parents de l'enfant, jusqu'au cinquième degré, de son tuteur ou subrogé-tuteur et du ministère public. Ce dernier, en province où les parquets ne sont pas surchargés comme dans les grands centres, fera preuve d'une vigilance plus constante et surtout plus efficace.

615. — Certes, cette loi, comme toute œuvre humaine, n'est point parfaite ; elle comporte des améliorations, des compléments ; mais, dès maintenant, on peut approuver le principe posé par l'article 4 : il est bienfaisant et fécond. Il suffira de le bien délimiter et de le préciser, notamment à propos du sens du mot « garde, » qui n'est pas suffisamment défini. Une simple circulaire pourra le faire.

616. — Toutefois, l'application des articles 4 et 5 peut avoir de grosses conséquences. Les tribunaux sont déjà assez disposés à ne jamais envoyer des enfants dans des établissements correctionnels. Le législateur vient encore de témoigner quelque défiance à l'égard des administrations publiques : l'article 4 confie, en effet, le droit de garde à un parent, à un particulier, à une institution charitable, « ou, enfin, à l'assistance publique. » Le mot *enfin* est bien un peu dédaigneux. Nous allons donc voir les institutions charitables sollicitées plus que jamais par les tribunaux de prendre les jeunes délinquants sous leur protection : mais auront-elles les ressources nécessaires pour être à la hauteur d'une pareille tâche ?

617. — Prenons pour exemple la Ligue fraternelle des enfants de France, qu'a fondée et que préside M[lle] Lucie Faure. Il n'est pas beaucoup d'œuvres de bienfaisance qui se soient développées aussi rapidement; elle compte des adhérents dans nombre de villes de France; elle a été reconnue d'utilité publique. Nous nous demandons, cependant, comment elle pourra suffire, même avec le concours de toutes les œuvres de protection de l'enfance qu'elle a su grouper autour d'elle, pour sauver tous les enfants qui lui seront journellement offerts par tous les tribunaux de France. Recevra-t-elle de la charité privée les millions dont disposaient jusqu'ici l'administration pénitentiaire et l'assistance publique? — Nous le souhaitons de grand cœur. La loi du 19 avril 1898 fournit à l'initiative privée l'occasion de montrer ce qu'elle est susceptible de donner en France. Puisse-t-elle sortir victorieuse de l'épreuve pour le plus grand bien des enfants malheureux!

618. — La loi des 19-21 avril 1898 a été suivie d'une très importante circulaire du Garde des Sceaux, en date du 31 mai de la même année; nous la reproduisons dans son intégralité :

« Par une circulaire du 4 janvier 1889, l'un de mes prédécesseurs a » appelé l'attention des parquets sur les mesures qu'il convient de pro- » voquer de la part des tribunaux, pour assurer, aussi efficacement que » possible, l'amendement des prévenus mineurs de seize ans.

« Ces mesures, dictées par le souci de sauvegarder l'avenir de cette » catégorie si intéressante de prévenus, ont assurément produit des » résultats appréciables; mais j'ai lieu de penser que les progrès réalisés » seraient bien plus sensibles, si, par suite des errements suivis dans » certains tribunaux, un grand nombre de mineurs n'échappaient encore » à l'assistance éclairée des magistrats et des défenseurs.

« Assez fréquemment, en effet, les chefs de parquet, estimant que » certaines infractions, commises par des mineurs de seize ans, n'inté- » ressent pas suffisamment l'ordre public pour justifier l'ouverture d'une » information régulière, se bornent à procéder à une enquête sommaire, » à la suite de laquelle le jeune prévenu est, soit jugé en flagrant délit, » soit remis en liberté, s'il est détenu, sauf à être ensuite déféré au tri- » bunal par voie de citation directe.

« Cette façon de procéder qui, appliquée à des prévenus adultes, offre

» le double avantage d'une solution rapide et d'une économie de frais, » présente, au contraire, de sérieux inconvénients, lorsque les délin- » quants sont des enfants de moins de seize ans.

« L'autorité judiciaire ne doit jamais perdre de vue que, dans toutes » les questions qui intéressent l'enfance, son rôle essentiel est de prêter » son concours à une œuvre de moralisation et de relèvement.

« Or, d'accord avec l'intérêt social, l'intérêt particulier du jeune pré- » venu exige que, avant de statuer, la justice s'attache à le bien con- » naître, à déterminer soigneusement les circonstances dans lesquelles » il a été entraîné au mal et à rechercher, par suite, les moyens les plus » propres à le soustraire, pour l'avenir, aux dangers d'une rechute.

« C'est au juge d'instruction qu'incombe naturellement ce devoir : il » importe donc que, dorénavant, le parquet requièrt l'ouverture d'une » information régulière dans toutes les affaires où seront impliqués des » mineurs de seize ans.

« Les investigations du magistrat instructeur devront porter spécia- » lement sur la moralité de l'enfant, sur l'éducation qu'il aura reçue, » sur ses instincts plus ou moins pervertis ou vicieux.

« Le juge s'attachera à déterminer, avec le même soin, le milieu » dans lequel il a été élevé, ses fréquentations, la conduite et la mora- » lité de ses parents, ainsi que les ressources dont ils disposent.

« Il cherchera, d'autre part, si les conditions dans lesquelles se » trouve l'enfant, si les actes auxquels il a été mêlé ne sont pas de nature » à faire provoquer d'office l'application des lois protectrices de l'enfance : » loi scolaire, lois sur le travail des femmes et des enfants, loi du 24 juil- » let 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement aban- » donnés, loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de » fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants, etc.

« En un mot, il s'efforcera, non seulement d'établir la matérialité » des faits reprochés au jeune prévenu, mais encore de mettre en lumière » les moyens les plus propres à le prémunir contre lui-même et contre » les influences fâcheuses dont il aura pu être la victime.

« Le juge d'instruction n'hésitera d'ailleurs pas à user, toutes les fois » que la situation de l'enfant le commandera, du pouvoir nouveau que » lui confère l'article 4 de la loi précitée du 19 avril 1898.

« L'enquête approfondie à laquelle il aura ainsi procédé fournira » aux magistrats les éléments d'une décision éclairée et conforme aux » véritables intérêts du jeune prévenu.

« Si l'enfant a des antécédents judiciaires ou s'il apparaît que, à rai- » son de son état moral, il y a danger pour lui d'être laissé en liberté, » il appartiendra au ministère public de provoquer son renvoi en police » correctionnelle et de requérir, s'il y a lieu, par application de l'article » 66 du Code pénal, son acquittement et son placement dans une maison » de correction, pendant un temps assez long pour qu'il soit possible » d'espérer son amendement.

« Je saisis cette occasion de remettre sous vos yeux le vœu émis à » cet égard par le Conseil supérieur des prisons, dans sa session de 1888 » et tendant à ce que « le Garde des Sceaux appelât la plus sérieuse » attention des tribunaux sur le danger des condamnations, même » courtes, à l'emprisonnement, prononcées contre les mineurs de seize » ans, ainsi que sur les graves inconvénients qui résultent de leur envoi » en correction pendant un temps trop court. »

« Je n'ignore pas que certains tribunaux, mal renseignés ou obéis- » sant à une fausse sentimentalité, répugnent parfois à prononcer l'en- » voi en correction, pour un temps prolongé, de jeunes détenus traduits » à leur barre et qui ne sauraient, cependant, être rendus sans danger » à leurs parents. Ce sera le devoir de vos substituts de leur rappeler, à » l'occasion, que la sévérité apparente de semblables décisions est sin- » gulièrement tempérée, dans la pratique, par le droit qui appartient » à l'autorité administrative, — et dont elle use de la façon la plus libé- » rale, — de prononcer, en tout temps, les libérations provisoires ou le » placement, chez des particuliers, de jeunes prévenus ayant donné des » gages sérieux de repentir et d'amendement.

« Ils voudront bien, au surplus, se reporter à cet égard, aux termes » de la circulaire précitée de mon prédécesseur, en date du 4 janvier » 1889.

« Si, au contraire, les faits reprochés au jeune prévenu ne révèlent » pas un mal profond, si l'enfant paraît avoir cédé à un entraînement » accidentel et passager, plutôt qu'à des instincts pervers, l'information » pourra être close par une ordonnance de non-lieu. Il conviendra alors,

» suivant les cas, ou de rendre l'enfant à sa famille, à la condition que » rien ne motive contre elle une instance en déchéance de la puissance » paternelle, ou de le confier, si ses parents y consentent, soit à l'assis- » tance publique, soit à une société de patronage offrant toutes les » garanties désirables.

« Cette procédure, adoptée depuis plusieurs années au tribunal de » la Seine et qui tend à se généraliser de plus en plus, a produit, partout » où elle a été suivie, les résultats les plus féconds.

« Aussi, tout en faisant la part des nécessités imprévues du service, » j'en recommande avec insistance l'application aux magistrats de votre » ressort.

« Je vous prie, en conséquence, M. le Procureur général, d'adresser » des instructions en ce sens à tous vos substituts et d'exercer sur toutes » les affaires concernant les mineurs de seize ans une surveillance per- » sonnelle et attentive.

« En se conformant aux règles qui viennent d'être tracées, les magis- » trats s'associeront à une œuvre d'un haut intérêt social; ils seconde- » ront en même temps, de la façon la plus utile et la plus fructueuse, » les généreux efforts des sociétés de patronage et des comités de défense » des mineurs de seize ans traduits en justice, qui se sont constitués » pour la protection et le relèvement de l'enfance coupable et en danger » moral. »

619. — Parmi les recommandations que le ministre fait aux magistrats dans cette circulaire, il en est deux qui doivent surtout attirer notre attention : la première est celle par laquelle les parquets sont invités à requérir une instruction préparatoire et à s'abstenir de la procédure des flagrants délits. Elle est profondément sage et nous nous y rallions sans réserve.

620. — Par la seconde, le ministre recommande de recourir aux ordonnances de non-lieu, au cas où le mal n'est pas « profond » et de remettre l'enfant soit à sa famille, soit à l'assistance publique, soit à une société de patronage. Cette mesure nous paraît illégale. Elle aurait pour résultat de conférer au juge d'instruction un droit qu'il n'a pas, celui de statuer définitivement sur la garde de l'enfant. C'est au tribunal seul qu'il appartient de rendre une décision définitive : le juge d'instruction

ne peut prendre, à l'égard des enfants, que des mesures provisoires contre lesquelles, d'ailleurs, une opposition est possible, soit de la part de la famille, soit de la part du tuteur, du subrogé-tuteur ou du ministère public. Nous croyons donc que les magistrats agiront plus sagement en ne tenant pas compte, sur ce point particulier, des instructions ministérielles.

621. — La loi de 1898 permet-elle aux tribunaux, au cas de condamnation, de remettre l'enfant à une société ou à l'assistance publique? — Nous croyons pouvoir répondre par l'affirmative, étant donné l'esprit de la loi et la généralité des termes de l'article 5.

622. — La seconde mesure, — détention dans une maison de correction, — n'est nullement une peine : par conséquent, elle n'est pas en contradiction avec l'acquittement prononcé; elle n'a d'autre caractère que celui d'une mesure d'éducation correctionnelle. Une première preuve de ce que nous avançons nous est fournie par les termes mêmes de l'article 66, où il est dit que le mineur sera conduit dans une maison de correction « *pour y être élevé.* » Nous tirons une seconde preuve du passage suivant de l'exposé des motifs : « Les juges prononceront donc qu'il » est acquitté; mais ils ne pourront pas le faire rentrer dans la société, » sans pourvoir à ce que quelqu'un ait les regards fixés sur sa conduite. » Ils auront l'option de le rendre à ses parents, s'ils ont en eux assez de » confiance, ou de le tenir renfermé durant un espace de temps qu'ils » détermineront. Cette détention *ne sera point une peine*, mais un moyen » de suppléer *à la correction domestique*, lorsque les circonstances ne » permettront pas de le confier à la famille. » Par suite, la détention ordonnée contre le mineur acquitté ne peut être prise comme un élément de récidive, si le mineur vient à commettre plus tard une infraction nouvelle : ainsi en a décidé la jurisprudence (Paris, 3 déc. 1830, Dalloz, *Rép. alph.*, V° Peine, n° 258, note 2; — Montpellier, 6 juin 1848, Dalloz, 1848. 2. 117).

623. — Le juge peut-il accorder le sursis pour l'envoi en correction, au cas d'acquittement? La solution que nous venons d'admettre dicte notre réponse. En vertu de l'article 1er de la loi du 26 mars 1891, le sursis s'applique exclusivement à l'emprisonnement et à l'amende, c'est-à dire, à deux peines. L'envoi en correction, étant une simple mesure

d'éducation, ne pourra donner lieu, par suite, à l'application du sursis. Une telle mesure, d'ailleurs, serait néfaste pour l'enfant, qu'elle rendrait à son milieu malsain et qu'elle exposerait à des chutes nouvelles.

624. — L'envoi en correction peut-il être ordonné, au cas de non discernement, par les tribunaux correctionnels et de police? — La raison de douter vient de ce que l'article 66, en parlant d'*accusé*, semble ne viser que les individus traduits en Cours d'assises. Nous répondrons, comme lorsqu'il s'est agi de la question de discernement, que cet argument de texte ne nous paraît pas bien solide. Le mot *accusé* est pris ici dans une acception générale : il désigne toutes les catégories de délinquants : rien n'indique qu'il faille le restreindre au sens spécial qu'on lui donne en langage de procédure. — Pourquoi les tribunaux correctionnels et de police n'auraient-ils pas le même droit que la Cour d'assises à ce point de vue tout particulier? — La raison de le leur conférer n'est-elle pas absolument la même? — L'envoi en correction, nous le répétons, est une mesure de faveur et de protection pour l'enfant : l'on ne voit pas pourquoi la Cour d'assises serait seule habile à la prononcer. Pour les tribunaux correctionnels, la question ne fait plus de doute : on leur reconnaît le droit d'envoyer en correction les mineurs acquittés. Nous le reconnaissons aussi aux tribunaux de simple police, bien que tous les auteurs contestent à ces juridictions un semblable pouvoir, en se fondant sur l'esprit de la loi. Les contraventions, disent-ils, étant des infractions non intentionnelles, ne dénotent point la démoralisation de l'agent : l'acquittement du mineur, en cette matière, ne doit donc point donner lieu aux mesures d'éducation correctionnelle prescrites par la loi.

625. — Ces raisons seraient excellentes, si l'envoi en correction offrait un caractère pénal. Mais tel n'est point le cas. Sans doute, les contraventions sont des infractions non intentionnelles; sans doute, elles ne dénotent point la démoralisation de l'agent; mais, bien souvent, elles révèlent un fonds de malice : l'enfant qui cueille des fruits pour les manger sur place (C. pén., art. 471-9°) pourra bien, quelque jour, dévaster des récoltes ou des plants (C. pén., art. 444). Si le juge de paix, à la suite des renseignements qui lui sont fournis sur le jeune délinquant, estime que cet enfant n'est pas suffisamment surveillé par sa famille, que, en le rendant à la liberté, il l'expose aux mauvaises compagnies et à la

perdition, pourquoi ne préviendrait-il pas un mal à peu près certain par l'adoption d'une mesure bienfaisante? Il rend, ce faisant, un service signalé et à l'enfant, qui pourra devenir un citoyen utile, et à la société, qui comptera un malfaiteur de moins.

626. — Non seulement nous reconnaissons au tribunal de simple police le droit de prononcer l'envoi en correction, mais nous allons même jusqu'à soutenir qu'il est autorisé, par la généralité des termes de l'article 5 de la loi du 19 avril 1898, à remettre l'enfant à un particulier, à une société de bienfaisance ou à l'assistance publique. La loi de 1898 marquant un progrès énorme sur l'article 66, nous sommes, en quelque sorte, entraîné à cette dernière conclusion par un *à fortiori*.

627. — La détention dans une maison de correction d'un mineur de seize ans qui a commis un délit ou un crime sans discernement, n'est pas une mesure pénale; le juge qui la prononce ne doit point s'inspirer de ce principe que la durée de la détention soit proportionnée à la gravité de l'acte. Le fait délictueux apparaît plutôt comme l'occasion que comme la cause de l'envoi en correction. Cette idée, dont nos tribunaux font fréquemment l'application, ils ne l'exposent que rarement, sans doute, dans leurs jugements. Nous la trouvons cependant clairement exprimée dans des considérants que nous croyons intéressant de reproduire. Le tribunal correctionnel de Narbonne, audience du 7 décembre 1896, jugeant des mineurs de seize ans, coupables d'avoir brisé les vitres de quelques réverbères, après avoir décidé qu'ils avaient agi sans discernement, statue, en vertu de l'article 66 du Code pénal :

« En ce qui concerne Eugénie L...,

« Attendu qu'elle a été déjà poursuivie pour vol et acquittée pour » avoir agi sans discernement; qu'elle ne fréquente aucune école; qu'elle » ne se livre à aucun travail; que ses parents ne la surveillent en aucune » façon; que ce défaut absolu de surveillance lui permet de développer » son penchant pour le vagabondage et le vol;

« Attendu qu'il est indispensable, dans son intérêt, de suppléer à la » correction domestique et de décider qu'elle sera élevée et détenue pour » recevoir les soins et l'instruction propres à corriger ses mauvaises » habitudes et à lui fournir les moyens de pourvoir plus tard, par le » travail, à ses besoins;

« *Attendu que la durée de la détention doit être graduée, non d'après » la gravité des faits reprochés à la prévenue, mais d'après le temps néces- » saire pour son éducation ;*

« Qu'il y a lieu de fixer cette durée... »

628. — La détention dans une maison de correction peut-elle être prononcée pour moins d'un an? La raison de douter peut se tirer des termes de la loi qui, en parlant de *tel nombre d'années*, semble décider que le minimum de détention ne peut être inférieur à un an. C'était la doctrine admise en principe par la Cour de cassation. Sophie S..., mineure de seize ans, ayant été poursuivie pour vol qualifié, le jury avait déclaré qu'elle était coupable du fait qui lui était imputé, mais qu'elle n'avait pas agi avec discernement. Sophie S..., avait été, en conséquence, renvoyée des poursuites, mais il avait été ordonné qu'elle serait détenue pendant six mois dans une maison de correction. Sur le pourvoi formé par le ministère public contre cette décision, la Cour de cassation annula l'arrêt dans l'intérêt de la loi, « attendu que ces expressions, — *tel » nombre d'années*, — prouvent clairement la volonté du législateur que » la détention qu'il ordonne dans le but d'effacer les mauvaises impres- » sions reçues par l'individu et de changer ses habitudes n'ait pas » une durée moindre d'une année; que, cependant, l'arrêt de la Cour » d'assises a réduit à six mois la durée de la détention de Sophie S..., » que cette réduction est une contravention manifeste à l'article 66 du » Code pénal... » (1). — La Cour n'a pas persisté dans cette manière de voir et a admis, depuis lors, que la détention peut être réduite à un certain nombre de mois (2). Signalons un arrêt du 8 février 1833 : « attendu que l'article 66 du Code pénal, en autorisant les juges à ordon- » ner que l'accusé âgé de moins de seize ans qui est déclaré avoir agi » sans discernement sera remis à ses parents ou conduit dans une » maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre » d'années que le jugement déterminera, et qui, toutefois, ne pourra » excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année, n'a établi qu'un

---

(1) Cass., 10 octobre 1811, *Bulletin*, 1811, n° 135, p. 271.
(2) Villey, op. cit., p. 111.

» *maximum* de la durée de la détention, et ne s'oppose pas à ce que cette » détention soit fixée à moins d'une année : d'où il suit que, en ordon- » nant que l'enfant acquitté pour avoir agi sans discernement serait con- » duit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pen- » dant six mois, l'arrêt attaqué n'a point violé l'article 66 précité... » (1).

629. — Cette opinion nous semble la bonne : il est, en effet, conforme à l'esprit de la loi de laisser au juge le pouvoir de mesurer la durée de la détention. D'ailleurs, il est un cas où forcément la détention sera inférieure à une année : c'est celui où l'inculpé aurait plus de dix-neuf ans au moment du jugement, puisque la loi défend de le retenir au-delà de sa vingtième année.

630. — Nous avons dit plus haut que la détention infligée au mineur n'est point une peine. Les auteurs du Code pénal ont posé le principe que l'enfant *doit être élevé*. Mais ce n'est que le 5 août 1850 que la loi sur l'éducation et le patronage des jeunes délinquants est venue développer le principe de l'éducation et essayer de répondre au but poursuivi par l'article 66, notamment dans les articles 1, 3, 9, que nous reproduisons :

« Art. 1er. — Les mineurs des deux sexes, détenus à raison de crimes, » délits, contraventions aux lois fiscales, ou par voie de correction pater- » nelle reçoivent, soit pendant leur détention préventive, soit pendant » leur séjour dans les établissements pénitentiaires, une éducation morale, » religieuse et professionnelle. »

« Art. 3. — Les jeunes détenus acquittés en vertu de l'article 66 du » Code pénal, comme ayant agi sans discernement, mais non remis à » leurs parents, sont conduits dans une colonie pénitentiaire; ils y sont » élevés en commun, sous une discipline sévère, et appliqués aux tra- » vaux de l'agriculture, ainsi qu'aux principales industries qui s'y rat- » tachent. Il est pourvu à leur instruction élémentaire. »

« Art. 9. — Les jeunes détenus des colonies pénitentiaires peuvent » obtenir, à titre d'épreuve et sous des conditions déterminées par le

(1) Cass., 8 février 1833, Sirey, 1833. 1. 368.

» règlement d'administration publique, d'être placés provisoirement hors
» de la colonie. »

631. — En dépit des prescriptions de l'article 21 de la loi, c'est une simple circulaire du Ministre de l'Intérieur, en date du 10 avril 1869, qui, seule, réglemente aujourd'hui l'application de la loi de 1850; voici comment ce ministre de 1869 résumait les principes de la loi :

« L'étude du règlement définitif fait ressortir toute l'importance des
» mesures qui concernent le régime matériel et le développement phy-
» sique des jeunes détenus; mais on y trouve surtout la preuve que
» l'éducation morale et religieuse de ces enfants tient la première place
» dans les préoccupations de l'administration. Pour obtenir un résultat
» qui réponde à nos efforts communs, il est indispensable que les fon-
» dateurs de ces établissements se pénètrent de la même pensée... La
» loi, dans sa prévoyance paternelle, s'est moins proposé de punir ces
» enfants que de les réformer, et il n'est pas impossible de remplir ce
» vœu de la loi en faisant revivre en eux, avant de les rendre à la société,
» l'amour du bien et le sentiment du devoir. »

632. — Il y a quelques années, un commandant de corps d'armée, qui avait été ministre de la guerre, s'adressant, à l'occasion d'une cérémonie, aux enfants d'une colonie, leur disait : « Le jour où vous serez
» appelés sous les drapeaux, entre vous et les enfants les plus favorisés
» de ce monde, toute différence aura disparu, car tous auront le même
» devoir : celui de verser leur sang pour la patrie. Comme la religion a
» ses martyrs, l'armée a ses héros, et ces derniers auront la suprême
» consolation que leur vie, comme leur mort, aura été utile au pays;
» mais tous ne succombent pas au champ d'honneur : beaucoup jouis-
» sent de la récompense de leur bravoure et obtiennent le prix du devoir
» courageusement accompli : Pensez à cela, jeunes gens, et relevez la
» tête ! »

633. — N'est-ce pas définir en trois mots le véritable but de l'éducation correctionnelle? elle n'est pas faite pour abaisser, mais pour montrer sans cesse la possibilité du relèvement.

634. — La détention n'étant point une peine, mais une mesure d'éducation, propre à corriger les mauvaises habitudes des enfants, à leur fournir les moyens de pourvoir plus tard, par le travail, à leurs besoins,

il en résulte qu'elle peut cesser par la libération conditionnelle, dès que l'enfant se montre digne de cette faveur, et, d'autre part, que les parents peuvent demander à reprendre sur leur enfant le droit de garde et d'éducation. Voici, à ce sujet, une circulaire du Ministre de la Justice de 1842 :

« L'article 66 du Code pénal donne la faculté aux tribunaux, soit de » remettre les enfants à leurs parents, soit d'ordonner leur détention » temporaire. Ils ne se décident ordinairement à prendre ce dernier » parti que quand les parents, jugeant une correction nécessaire, refu- » sent de réclamer leurs enfants, ou se trouvent dans une position qui » ne leur permet ni de les surveiller, ni de leur assurer un état. Or, il » arrive fréquemment que, après le jugement, les parents, soit qu'ils » trouvent la correction suffisante, soit que leur position se soit amé- » liorée, s'adressent à moi pour faire cesser la détention.

« Sans doute, il serait à désirer que, en pareil cas, les tribunaux » eussent le droit d'examiner eux-mêmes si l'autorité paternelle peut » reprendre son cours et si, par conséquent, il y a lieu de mettre un » terme à une détention dont les motifs ont cessé. Mais la loi est restée » muette sur ce point et, pour faire ce que les magistrats auraient vrai- » semblablement ordonné, s'il leur avait été permis de revenir sur leur » décision, il est juste et convenable que le Ministre de la Justice inter- » vienne, puisqu'il s'agit d'une appréciation et d'un acte en quelque » sorte judiciaires. Aussi mes prédécesseurs ont toujours exercé sans » contestation le droit de remettre les enfants détenus à leurs parents, » lorsque les circonstances qui s'étaient opposées à cette remise n'exis- » taient plus et que, par conséquent, on ne pouvait, sans méconnaître » les véritables intentions du législateur, priver les enfants de l'éduca- » tion de famille, la meilleure de toutes, quand elle est entourée de » garanties qui en assurent l'efficacité. J'ai moi-même exercé ce droit, » et je continuerai à le faire, en ayant soin de ne rien négliger pour » m'éclairer sur la connaissance et l'utilité de son application » (1).

635. — La détention est donc une mesure de rénovation et non de

(1) Circulaire de M. Martin (du Nord), Ministre de la Justice, 6 avril 1842, Dalloz *Rép. alph.*, V° Peine, n° 446 et note 1, p. 654, 655 et 656.

répression. Mais, pour accomplir cette rénovation, pour qu'un enfant de seize ans qui vient de franchir le seuil de la colonie, qui y apporte ses habitudes de vagabondage et de désordre moral, la connaissance du mal et le souvenir de toutes les hontes dont il a été le témoin et la victime, puisse être devenu, le jour où il sortira, un homme honnête et laborieux, quelles sont les forces sur lesquelles la loi veut que les directeurs des colonies s'appuient? Elle les définit et les résume en ces trois mots, qui sont à eux seuls tout un programme : *éducation religieuse, morale et professionnelle.* Mais continuons la lecture de la circulaire : « La faculté » laissée aux tribunaux de remettre les enfants à leurs parents, ou » de les faire élever et détenir dans une maison de correction, tend, » par des moyens différents, au même résultat : l'amélioration de ces » enfants.

« La première de ces mesures, la remise aux parents, est la meil- » leure, sans doute, quand on peut compter sur les bons exemples et la » sage direction que les enfants recevront dans leur famille; et l'on ne » doit recourir à la seconde que quand il y a lieu de penser qu'ils trou- » veront dans la maison de correction des soins et des enseignements » que ne leur offrirait pas la maison paternelle. Il importe donc essen- » tiellement que les tribunaux connaissent, avant de statuer, toutes les » circonstances qui peuvent les déterminer à prendre l'un ou l'autre » parti.

« Le meilleur, le seul moyen de les éclairer à cet égard, est de faire » procéder dans toutes ces affaires à une information préalable et de ne » pas employer la voie de la citation directe qui, restreignant l'instruc- » tion aux débats de l'audience, mettrait souvent les juges dans l'impos- » sibilité de bien apprécier les causes de la mauvaise conduite des » enfants et les garanties que présenteraient leurs parents.

« Une information préalable permet, au contraire, de constater la » véritable position de ces enfants et de leurs familles; elle apprend si » les faits qui leur sont imputés, doivent être attribués au défaut de sur- » veillance, à la faiblesse ou à la mauvaise conduite de leurs guides » naturels; enfin, elle aide à décider la question de discernement.

« Il faut donc requérir une information préalable, toutes les fois que » les prévenus n'ont pas atteint leur seizième année. Il convient même

» de recueillir extra-judiciairement tous les renseignements qui peuvent » éclairer sur leurs habitudes et celles de leurs familles; ces renseignements doivent être consignés dans une notice dont je vous transmets » le modèle et qui restera annexée à la procédure pour être ultérieurement consultée, si le besoin s'en fait sentir. »

636. — A la belle circulaire que nous venons de transcrire, il nous paraît à propos de joindre ces remarquables paroles d'un magistrat de Varsovie, M. de Moldenhawer : « La statistique, » disait-il, « constate, » au milieu d'un accroissement général de crimes, une progression » effrayante pour ceux commis par les mineurs; la faute en est à la » déchéance morale des parents. En effet, ces derniers, *vivant souvent sans* » *respect pour les lois divines et humaines, ne sauraient inculquer à leurs* » *descendants le respect dû à ces lois; mais, ayant eux-mêmes perdu tout* » *sentiment moral, ils sont dans l'impossibilité de le communiquer à* » *leurs enfants.* »

637. — Ces réflexions sont profondément judicieuses et sensées. Certes, aucune éducation ne vaut celle des parents, mais à la condition, toutefois, que ces derniers soient à la hauteur de leur mission : ce qui devient, hélas! de plus en plus rare.

638. — Il nous reste, pour terminer cette seconde section, à trancher une question fort curieuse, qui n'est pas discutée par les auteurs, mais qui s'est présentée une fois dans la pratique devant la Cour de Rennes. Un prévenu de moins de seize ans, acquitté comme ayant agi sans discernement, a été condamné à un internement d'une durée quelconque dans une maison de correction : est-il admissible à interjeter appel pour faire décider qu'il a agi avec discernement et subir, alors, la peine que la loi inflige au délit qui lui était imputé?

639. — Jeanne Dubois, mineure de seize ans, avait été poursuivie pour mise en circulation d'une pièce fausse; un jugement du tribunal correctionnel de Rennes décida qu'elle avait agi sans discernement : en conséquence, elle fut acquittée, mais, aux termes de l'article 66, envoyée par le jugement en correction jusqu'à vingt ans.

Elle interjeta appel de ce jugement et la Cour statua en ces termes :

« La Cour; — considérant que chacun, dans une cause telle que celle » qui se présente, est le premier juge de son propre intérêt; que Jeanne

» Dubois avait donc le droit de relever appel du jugement qui, en l'ac-
» quittant, faute de discernement, a ordonné qu'elle sera conduite dans
» une maison de correction, pour y être élevée et détenue jusqu'à l'âge
» de vingt ans, et de demander qu'il soit fait un nouvel examen des faits
» de la cause; que, si elle est l'auteur du fait qui lui est imputé, il soit
» dit qu'elle a agi avec discernement, préférant être soumise à une peine
» pécuniaire, qu'elle a encourue, à être conduite dans une maison de cor-
» rection, ainsi que les premiers juges l'ont ordonné. — Considérant,
» d'ailleurs, que, si, dans cet état, la Cour reconnaît l'existence du dis-
» cernement et, par suite, la culpabilité de la prévenue, elle doit néces-
» sairement lui faire application de la peine édictée par la loi. — Con-
» sidérant, en fait, qu'il est constant que la prévenue a fait usage d'une
» pièce de cinq francs fausse, qu'elle avait reçue comme bonne, en la
» remettant en circulation après en avoir vérifié les vices; qu'il est cer-
» tain et démontré que cette fille, qui est âgée de moins de seize ans a
» agi avec plein et entier discernement : d'où il résulte que c'est à tort
» qu'il lui a été fait application de l'article 66 du Code pénal, tandis qu'il
» devait lui être fait application des articles 135 et 69 du même Code :
» par ces motifs... » (Rennes, 21 mai 1844) (1).

640. — Cette doctrine nous paraît inadmissible. On appelle d'une peine prononcée pour arriver à une diminution de peine ou un acquittement : mais quand donc a-t-on admis l'appel d'un prévenu contre un jugement qui l'acquitte? le tribunal acquitte Jeanne Dubois, elle fai appel de ce jugement et la Cour de Rennes ne songe même pas que l'appel n'est pas recevable! Le ministère public eût pu former appel *a minimâ* pour faire déclarer par la Cour, contrairement au jugement du tribunal correctionnel, que Jeanne Dubois avait agi avec discernement; mais lui seul avait qualité pour le faire. Aussi la Cour de cassation a-t-elle appliqué les vrais principes, en cassant l'arrêt de la Cour de Rennes et en décidant que, si le prévenu appelant a été relaxé pour défaut de discernement par un jugement ordonnant qu'il sera détenu dans une maison de correction, le juge d'appel ne peut, sans appel du ministère public,

---

(1) Rennes, 21 mai 1844, Dalloz, *Rép. alph.*, V° Peine, n° 441, note 2.

substituer aucune condamnation à cette mesure, qui n'est pas pénale. Tout ce qu'il peut faire, c'est, usant de l'alternative établie par l'article 66 du Code pénal, ordonner que le prévenu, au lieu d'être envoyé en correction, sera remis à ses parents, ou bien diminuer le temps de sa détention, ou bien enfin le remettre à un particulier, à une institution de bienfaisance ou à l'assistance publique (loi des 19-21 avril 1898) (1).

641. — La décision prise au sujet du mineur en vertu de l'article 66 doit figurer au bulletin n° 1, ainsi que l'indique une loi toute récente du 5 août 1899 : « Le greffe de chaque tribunal de première instance, » dit l'article 1er de cette loi, « reçoit, en ce qui concerne les personnes nées » dans la circonscription du tribunal et après vérification de leur iden- » tité aux registres de l'état civil, des bulletins, dits bulletins n° 1, cons- » tatant : .....

« 2° Les décisions prononcées par application de l'article 66 du Code » pénal. »

Elle doit figurer également dans le bulletin n° 2 délivré au ministère public ou aux autorités administratives et judiciaires, mais non point dans le bulletin n° 3, créé par cette loi et qui est délivré uniquement au titulaire du casier :

« Art. 6. — Un bulletin n° 3 peut être réclamé par la personne qu'il » concerne. Il ne doit, dans aucun cas, être délivré à un tiers.

« Art. 7. — Ne sont pas inscrites au bulletin n° 3 : 1° les décisions » prononcées par application de l'article 66 du Code pénal... »

SECTION III. — **La réponse est affirmative et sur la question de culpabilité et sur la question de discernement.**

642. — Dans ce cas, il ne saurait être question de non imputabilité, puisque le mineur a été, dans une mesure plus ou moins large, à même d'apprécier l'acte auquel il s'est abandonné. Il faut donc lui faire appli-

---

(1) Cass., 26 juillet 1844, *Bulletin*, 1844, n° 276, p. 393.

cation d'une peine dont les articles 67 et 69 nous indiquent les limites. Cette peine ne sera pas la même que celle qui frapperait un majeur pour le même fait, car « l'âge au-dessous de seize ans doit en atténuer la gra-» vité, sans l'effacer entièrement, et, par conséqnent, entraîner alors » une peine quelconque, mais différente de celle que la loi inflige au » crime » (1). Le mineur coupable bénéficie donc d'une excuse. Mais quelle est la nature de cette excuse? quels en sont les effets?... Telles sont les questions qu'il nous faut examiner en deux paragraphes distincts.

§ Ier. — Quelle est la nature de l'excuse en vertu de laquelle est abaissée la peine du mineur qui a agi avec discernement?

643. — La meilleure façon de répondre à cette question est de consulter les travaux préparatoires du Code de 1810. Or, parmi ces travaux, deux pièces l'éclairent d'une façon particulière : nous avons nommé l'exposé des motifs présenté par M. Faure et le rapport fait par M. Riboud au Corps législatif. Il s'en dégage nettement que le législateur a fait de la minorité de seize ans une excuse atténuante. Aussi M. Garraud n'hésite-t-il pas à écrire (2) : « Lorsque la décision de la juridiction » devant laquelle comparait le mineur porte qu'il a agi avec discerne-» ment, le jeune âge devient une *excuse atténuante* qui diminue la cul-» pabilité et, par conséquent, la peine. »

644. — Voici, d'ailleurs, le passage de l'exposé des motifs de M. Faure relatif à notre espèce : « Si la décision porte que l'action a été » commise avec discernement, il ne s'agit plus de correction : c'est une » peine qui doit être prononcée. Seulement ce ne sera ni une peine afflic-» tive, ni une peine infamante. La loi suppose que le coupable, quoique » sachant bien qu'il faisait mal, n'était pas encore en état de sentir toute » l'étendue de la faute qu'il commettait, ni de concevoir toute la rigueur » de la peine qu'il allait encourir. Elle ne veut point le flétrir, dans l'es-

(1) Riboud, dans Locré, op. cit., t. 29, p. 277, n° 11.
(2) *Précis*, p. 158.

» poir qu'il pourra devenir un citoyen utile : elle commue en sa faveur » les peines afflictives en peines de police correctionnelle ; elle ne le » soumet point à l'exposition aux regards du peuple. Enfin elle consent, » par égard pour son jeune âge, à le traiter avec indulgence et ose se » confier à ses remords. Quant à la proportion établie pour la durée de » ces peines relativement à celles qu'eût subies le condamné s'il avait eu » plus de seize ans, nous nous abstiendrons d'entrer dans des détails » qui seront suffisamment connus par la lecture des articles : ils sont, » d'ailleurs, conformes à la loi de 1791. »

645. — M. Riboud disait de son côté : « Si le discernement a dirigé » l'action, le crime reste et est punissable ; mais la peine ne sera point » assimilée à celle des coupables qui ont atteint l'âge où l'homme est » capable de connaître ce qui est bien ou ce qui est mal, et où rien ne » peut atténuer ses égarements aux yeux de la loi.

« En conséquence, lorsque le crime emporte une peine capitale ou » perpétuelle, il n'est prononcé contre l'individu au-dessous de seize ans » que l'emprisonnement de dix ans au moins et de vingt ans au plus. » La loi de 1791 portait, sans minimum, vingt ans de détention, peine » afflictive et infamante qui entraîne l'exposition.

« Lorsque le crime doit être puni des travaux forcés à temps, l'em- » prisonnement sera de la moitié au plus et du tiers au moins du temps » auquel l'accusé aurait été condamné, s'il avait eu plus de seize ans ; » la durée de cet emprisonnement, par la loi de 1791, est égale à celle » de la peine des fers qu'il aurait encourue, en sorte que, par le Code » proposé, elle sera inférieure de deux tiers ou de la moitié au moins.

« Dans les cas ci-dessus, le condamné peut être mis sous la surveil- » lance de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, » si les juges croient cette mesure nécessaire pour l'intérêt de la société » et celui de l'accusé dont la conduite coupable, dirigée par le discerne- » ment, peut inspirer des inquiétudes pour l'avenir.

« Enfin, s'il a encouru la peine du carcan, ou celle du bannissement, » il sera emprisonné pour un an au moins et cinq au plus.

« Vous voyez, Messieurs, que les condamnés dont nous parlions » n'éprouveront jamais qu'une peine correctionnelle, tandis que la loi » actuellement en vigueur leur en impose de beaucoup plus longues et

» même d'infamantes. L'article 68 du projet interdit formellement à leur » égard l'exposition publique; flétrir par l'infamie un enfant au-dessous » de seize ans, c'est l'y vouer à jamais, c'est le constituer ennemi de la » société en l'en séparant et le placer, en quelque sorte, dans la carrière » du crime. Le garantir de cet anathème, c'est ouvrir son âme au repentir » et ne pas l'empêcher de devenir meilleur » (Riboud, dans Locré, op. cit., t. 29, p. 278, n° 12).

646. — Il est cependant un cas où l'on admet que la minorité de seize ans devient une excuse *absolutoire :* c'est en matière de vagabondage. On s'autorise pour soutenir cette opinion des termes de l'article 271, alinéa deux, du Code pénal, d'après lequel « *les vagabonds âgés de moins de seize ans ne pourront être condamnés à la peine d'emprisonnement.* » — Sans doute, mais le même article soumet cette catégorie de vagabonds au renvoi sous la surveillance de la haute police (aujourd'hui remplacée par l'interdiction de séjour). Mais la surveillance de la haute police était une peine et nous avons vu plus haut que la Cour de cassation lui reconnaissait ce caractère (arrêt du 12 août 1843), puisqu'elle n'admettait pas qu'on la prononçât contre un mineur acquitté comme ayant agi sans discernement. L'interdiction de séjour a hérité du caractère pénal de la surveillance de la haute police. Par conséquent l'on ne peut soutenir que le mineur vagabond auquel on l'applique est exempt de toute peine : il encourt seulement une peine moindre que le vagabond majeur, une peine *atténuée.*

§ 2. — Quels sont les effets de cette excuse atténuante ?

647. — Il n'y a, pour s'en rendre compte, qu'à lire les articles 67 et 69 du Code pénal ainsi conçus :

« Art. 67. — S'il est décidé qu'il (le mineur) a agi avec *discernement*, » les peines seront prononcées ainsi qu'il suit :

« S'il a encouru la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, de » la déportation, il sera condamné à la peine de dix à vingt ans d'em- » prisonnement dans une maison de correction;

« S'il a encouru la peine des travaux forcés à temps, de la détention » ou de la réclusion, il sera condamné à être renfermé dans une maison » de correction pour un temps égal au tiers au moins et à la moitié au » plus de celui pour lequel il aurait pu être condamné à l'une de ces peines.

« Dans tous les cas, il pourra être mis, par l'arrêt ou le jugement, » sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins et » dix ans au plus.

« S'il a encouru la peine de la dégradation civique ou du bannisse- » ment, il sera condamné à être enfermé d'un an à cinq ans dans une » maison de correction. »

« Art. 69. — Dans tous les cas où le mineur de seize ans n'aura com- » mis qu'un simple délit, la peine qui sera prononcée contre lui ne » pourra s'élever au-dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu » être condamné, s'il avait eu seize ans. » — Cela est la rédaction de 1832, car l'ancien article 69 portait que « si le coupable n'a encouru » qu'une peine correctionnelle, il pourra être condamné à telle peine » correctionnelle qui sera jugée convenable, pourvu qu'elle soit au-des- » sous de la moitié de celle qu'il aurait subie, s'il avait eu seize ans. » — Etudions maintenant l'application de ces articles en supposant successivement le mineur de seize ans convaincu de crime, de délit et de contravention.

648. — I° L'INFRACTION COMMISE PAR LE MINEUR EST UN CRIME. — Dans cette hypothèse, la loi substitue aux peines afflictives et infamantes un emprisonnement correctionnel toujours temporaire. La durée de cet emprisonnement est très variable et peut dépasser de beaucoup la limite ordinaire de cinq ans. Pour déterminer cette durée, nous sommes obligés de distinguer trois cas.

649. — *Premier cas.* — Le crime commis par le mineur est de nature à entraîner une peine afflictive et infamante perpétuelle : mort, travaux forcés à perpétuité, déportation : la durée de l'emprisonnement variera alors de dix à vingt ans.

650. — *Deuxième cas.* — Le crime est de nature à entraîner une peine afflictive et infamante temporaire, c'est-à-dire, les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion : la durée de l'emprisonnement aura

pour limites le tiers au moins, la moitié au plus, du temps pour lequel il aurait pu être condamné à l'une de ces peines.

651. — Il résulte des expressions de la loi que les juges doivent déterminer d'abord la peine qui serait encourue par un majeur et opérer sur cette peine le calcul indiqué par l'article 67. Ce n'est pas la manière de voir qu'avaient adoptée certains tribunaux : ceux-ci, en effet, avaient jugé que le tiers et la moitié de la peine qui est applicable aux mineurs, d'après l'alinéa trois de l'article 67, devaient se calculer uniformément *sur le maximum* de la peine encourue, abstraction faite de son minimum. Mais il serait résulté de cette interprétation, qui, d'ailleurs, est contraire au texte de l'article 67, que, dans le cas où la peine encourue aurait été celle des travaux forcés à temps ou de la détention, le minimum de la peine infligée au mineur de seize ans aurait été supérieur à celui de la peine que la loi refuse de lui appliquer, puisque le minimum des travaux forcés à temps ou de la détention est le *quart* de leur maximum, et que le *minimum* de la peine infligée au mineur aurait été le tiers de ce maximum, c'est-à-dire, six ans et huit mois, au lieu de cinq. Aussi la Cour de cassation a-t-elle déclaré sans hésitation : « que l'article 67, en déterminant la peine
» à infliger aux mineurs de seize ans qui avaient commis avec discerne-
» ment des crimes emportant les travaux forcés à temps et la réclusion,
» a modifié ces deux peines, non seulement quant à la gravité de leur
» nature, en les remplaçant par la détention correctionnelle, mais aussi
» quant à leur durée, en restreignant celle-ci à la limite du tiers à la
» moitié; et que, d'après les articles 19 et 21 du même Code pénal, la
» durée soit des travaux forcés à temps, soit de la réclusion, pouvant
» n'être que de cinq ans, il s'ensuit, par une conséquence nécessaire
» des dispositions dudit article 67, que la durée de la détention correc-
» tionnelle d'un mineur de seize ans peut n'être que du tiers de cinq
» ans, c'est-à-dire, de vingt mois; qu'il est absurde de prétendre que le
» minimum de cette durée ne peut en aucun cas être inférieur au tiers
» de la plus longue durée des peines temporaires respectivement atta-
» chées aux crimes, puisqu'il s'ensuivrait que, lorsqu'il s'agirait d'un
» crime emportant les travaux forcés à temps, dont la durée est de cinq
» à vingt ans, la détention correctionnelle ne pourrait être moindre de
» six ans et huit mois, tiers de vingt ans; et qu'ainsi le mineur de seize

» ans serait, quant à la durée de la peine, plus rigoureusement traité » que ne pourrait l'être un individu au-dessus dudit âge, etc, » (cassation, 15 janvier et 11 février 1825) (1).

652. — Dans les deux premiers cas que nous venons d'examiner, l'article 67 nous dit que le mineur de seize ans pourra être mis, — c'est une faculté laissée au juge, — par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. Mais la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes (art. 19, alinéa deux), a supprimé la surveillance de la haute police et l'a remplacée par l'interdiction de séjour, qui pourra, bien entendu, être appliquée au mineur dans les cas que nous venons d'envisager.

653. — *Troisième cas.* — Le mineur de seize ans a encouru la peine du bannissement ou de la dégradation civique : ces peines seront remplacées pour lui par un emprisonnement d'un an à cinq ans dans une maison de correction. D'ailleurs, ce troisième cas est purement hypothétique et théorique, car les infractions punies de ces peines ne sont pas de celles dont le mineur puisse se rendre facilement coupable. (Voir, pour le bannissement, Code pénal : art. 84, 85, 110, 115, 124, 202, 204, 229. — Pour la dégradation civique, Code pénal : art. 111, 119, 121, 122, 127, 130, 167, 177, 183, 263).

654. — II° L'EXCUSE DE MINORITÉ MODIFIE-T-ELLE LA QUALIFICATION DE L'ACTE INCRIMINÉ ? — Dans notre droit pénal, la minorité de seize ans constitue une *excuse atténuante*, et nous savons que l'excuse atténuante diminue *légalement* la peine (art. 67, 69, 326 C. p.). Dès lors, deux hypothèses sont à prévoir :

1° S'il s'agit d'un *délit*, l'excuse atténuante, lorsqu'elle sera prouvée, n'aura pas pour effet de *changer* la nature de la peine, mais simplement de *l'atténuer :* la peine reste, après comme avant l'admission de l'excuse, *une peine correctionnelle;*

2° S'il s'agit au contraire d'un *crime*, l'excuse a pour effet de substituer une peine correctionnelle a une *peine criminelle.* De là une question capitale : en transformant *la nature de la peine*, l'excuse transforme-t-

(1) Cass., 15 janvier 1825, Dalloz, *Rép. alph.*, V° Peine, n° 447, note 1. — Cass., 11 février 1825, Dalloz, ibid.

elle *la nature de l'infraction?* Le fait, non excusé, était *un crime;* excusé, devient-il *un délit?*

655. — Sur ce point, deux solutions ont été proposées et soutenues par des jurisconsultes également distingués :

656. — Les partisans de la première solution prétendent que l'excuse, en substituant à la peine criminelle dont l'infraction est punissable une peine correctionnelle, a pour résultat de faire dégénérer le crime en délit.

657. — M .Garraud, notamment, s'appuie, pour soutenir cette opinion, sur l'article premier du Code pénal qui définit le « délit » toute infraction « *que les lois punissent de peines correctionnelles.* » Or, dans le cas *de provocation*, comme dans le cas de *minorité* qui nous intéresse plus particulièrement, c'est la loi même qui prononce directement une peine correctionnelle contre le meurtre ou les coups et blessures qui ont été provoqués dans les conditions qu'elle prévoit, ou contre les crimes qui ont été commis par des mineurs de seize ans : « Aussi, » continue M. Garraud, « cet effet que je donne à l'excuse, je ne le donne pas aux circonstances » atténuantes. Sans doute, ces dernières ont souvent pour résultat de » substituer une peine correctionnelle à une peine criminelle; mais la » transformation de peine qui s'accomplit en ce cas n'est pas l'œuvre » directe de la loi, elle est l'œuvre du juge; ce n'est pas en vertu de cir- » constances prévues à l'avance par le législateur que la peine est modi- » fiée, mais en vertu de circonstances laissées à l'appréciation du juge, » et ces circonstances ne peuvent ni ne doivent changer la qualification » légale du fait incriminé » (1).

658. — Cette façon de raisonner nous semble un véritable sophisme et partir d'un postulat, admis comme certain par l'éminent auteur, mais qui demanderait lui-même à être établi. Est-il bien exact de dire que la transformation de peine résultant des circonstances atténuantes n'est pas l'œuvre de la loi, mais du juge? La lecture de l'article 463 du Code pénal éveille chez nous une impression toute contraire : « Les peines » prononcées par la loi contre celui ou ceux des accusés reconnus cou-

---

(1) Garraud, *Traité*, t. II, p. 227.

» pables, en faveur de qui le jury aura déclaré les circonstances atté-
» nuantes, *seront modifiées* ainsi qu'il suit... :

« Si la peine est celle de la réclusion, de la détention, du bannisse-
» ment ou de la dégradation civique, la Cour *appliquera* les dispositions
» de l'article 401, sans toutefois... » Formule essentiellement impérative. Qu'on en compare les termes avec ceux des articles 67 et 326, et qu'on nous dise où est la différence :

« Art. 67. — S'il est décidé qu'il (le mineur) a agi avec discernement,
» les peines *seront prononcées* ainsi qu'il suit... »

« Art. 326. — Lorsque le fait d'excuse sera prouvé..., la peine *sera*
» *réduite...* »

659. — La rédaction est conçue absolument dans le même style et nous nous demandons vainement comment, de textes semblables, on peut déduire des conclusions si opposées. Dans tous les cas, la transformation de peine, qu'elle résulte de l'excuse ou des circonstances atténuantes, est bien l'œuvre directe de la loi : sans doute, c'est le juge qui proclame l'existence de l'excuse, c'est lui aussi qui proclame l'existence des circonstances atténuantes; mais c'est la loi qui lui dit : « Au cas d'excuse, « vous n'appliquerez plus que telle peine! » C'est elle qui lui répète encore : « Au cas de circonstances atténuantes, vous n'appliquerez » plus que telle peine! » Les circonstances atténuantes, une fois établies, lient le juge tout aussi fortement que la reconnaissance d'une excuse, du moins devant la Cour d'assises, car nous savons que, en matière correctionnelle, le juge peut ne pas abaisser la peine, alors même qu'il admet des circonstances atténuantes (art. 463, al. 9; arg. des mots : les tribunaux correctionnels *sont autorisés...*) Si le fait incriminé devait entraîner la réclusion, et que le jury admette les circonstances atténuantes, la Cour sera *obligée* d'appliquer les dispositions de l'article 401, parce qu'alors « la loi » ne le « punit » plus que de « peines correctionnelles. » Par conséquent, si l'on reconnaît que le fait qui n'est plus puni par l'article 463 que de peines correctionnelles, lorsque le juge admet l'existence de circonstances atténuantes, ne dégénère pas en un délit, pourquoi dire que le même fait deviendra délit parce que, le juge ayant proclamé l'existence d'une excuse légale, il ne sera plus puni que des peines correctionnelles édictées par les articles 67 et 326? Il y a là

une différence inexplicable, qu'on essaie de déduire des termes de la loi, mais que les termes de cette même loi nous semblent au contraire condamner absolument.

660. — M. Garraud, continuant sa discussion, invoque une analogie évidente entre les circonstances aggravantes et les excuses : les premières aggravent la peine comme les secondes l'atténuent, en vertu d'une appréciation légale ; or, quand le résultat d'une circonstance aggravante est de rendre l'infraction qu'elle accompagne punissable d'une peine *criminelle*, alors que, dépouillée de cette circonstance, l'infraction n'est punie que d'une peine *correctionnelle*, on n'hésite pas à dire que le délit devient un crime. Pourquoi en serait-il autrement, quand le résultat d'une excuse est de substituer une peine *correctionnelle* à la peine *criminelle* dont le fait non excusé serait passible ?

661. — La réponse est que l'analogie n'est pas si évidente que le prétend M. Garraud. Sans doute, quand une infraction est commise, certaines circonstances qui l'accompagnent peuvent entraîner une aggravation de la peine et transformer en un crime un fait qui, sans elles, ne constituerait qu'un délit. Mais pourquoi dans ce cas la loi augmente-t-elle la peine ? Parce que ces circonstances accroissent l'importance intrinsèque du fait primitif auquel elles viennent se souder et avec lequel elles forment un tout indivisible. C'est ainsi que, en matière de vol, par exemple, nous aurons le crime prévu par l'article 381, le crime prévu par l'article 382, par l'article 383, etc., selon la gravité et la multiplicité des circonstances qui accompagnent la soustraction frauduleuse ; chaque circonstance aggravante affecte la matérialité *in se*, autrement dit, la *criminalité objective du fait* ; tandis que l'excuse affecte l'élément intentionnel, la *criminalité subjective du fait*. Elle entraînera un abaissement de peine, parce que la loi suppose que la colère émanant de la provocation, l'entraînement et l'irréflexion, résultats d'une trop grande jeunesse, ont dérobé aux regards du coupable la gravité de son acte ; et alors, en vertu de l'adage *summum jus, summa injuria*, elle proportionne la peine au degré de responsabilité supposé chez l'agent.

662. — M. Garraud signale encore la discussion de la loi du 13 mai 1863, et notamment la revision des articles 57 et 58 du Code pénal : « L'opinion que je soutiens, » dit-il, « a dominé la discussion de la loi

» du 13 mai 1863, et notamment la revision des articles 57 et 58 du » Code pénal. Le législateur dans ces textes a consacré ce principe que » celui-là seul est condamné pour crime auquel la loi inflige des peines » afflictives ou infamantes; celui qui n'a été condamné, en vertu de la » loi, qu'à des peines correctionnelles est condamné pour délit. »

663. — Nous nous demandons comment M. Garraud a lu ces articles pour y trouver la consécration de ce fameux principe. Eh quoi! celui-là seul est condamné pour crime auquel la loi inflige une peine afflictive ou infamante? Mais les premiers mots de l'article 58, établissant la récidive de crime à délit, disent exactement le contraire : « Quiconque ayant été » condamné *pour crime* à une peine supérieure à une année d'emprison- » nement... » — L'article 59 parle aussi d'un « *crime qui devra n'être puni* » *que de peines correctionnelles...* » Donc il y a des crimes *punis de peines correctionnelles;* or, les crimes punis de peines correctionnelles sont ceux au sujet desquels le juge a reconnu l'existence d'une excuse ou de circonstances atténuantes; donc l'excuse atténuante ne change pas la qualification de l'infraction, qui reste bel et bien un *crime*. Les articles 58 et 59 le disent en toutes lettres, et c'est sur eux qu'on s'appuie pour soutenir le contraire! Oh, élasticité des textes!...

664. — « On peut dire également, » continue le même auteur, « que » les §§ 2 et 3 de l'article 4 de la loi du 27 mai 1885, sur la relégation » des récidivistes, ne s'expliquent que par cette idée. « Un rapporteur de la commission du Sénat, parlant sur l'article 4, disait : – *Deux condam-* » *nations* (1) *à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes... : je m'ar-* » *rête sur ces mots et je fais observer au Sénat qu'il n'y a pas de condam-* » *nation pour faits qualifiés crimes qui soit inférieure à un an de* » *prison* » (2). — Cette proposition est exacte, lorsque la peine crimi- » nelle est écartée par application des circonstances atténuantes. Mais » elle ne l'est pas, lorsque la peine criminelle est transformée en peine » correctionnelle, par application des excuses. Il y a un moyen de lais-

(1) M. Garraud ne cite pas textuellement, le rapporteur a dit : « Quatre condamnations, » et non « deux condamnations. »

(2) Séance du Sénat du 10 février 1885. — *Journal Officiel, Débats parlementaires*, Sénat, p. 101.

» ser aux paroles du rapporteur toute leur exactitude, c'est d'admettre » que le crime légalement excusé cesse d'être un crime et devient un » simple délit. »

665. — Il cesse si peu d'être un crime que le rapporteur auquel M. Garraud fait allusion, et qui n'est autre que M. Ninard, parle clairement *de peines correctionnelles appliquées à des faits qualifiés crimes.* Ou les mots n'ont plus de signification, ou M. Ninard, tout le premier, reconnaît que l'application d'une peine correctionnelle à un crime n'en change pas la qualification. Sans doute, le rapporteur s'est empressé d'ajouter qu'il n'y a pas de condamnation pour faits qualifiés crimes qui soit inférieure à un an de prison, et M. Garraud de faire remarquer à cette occasion que le rapporteur, en s'exprimant ainsi, ne peut viser que les crimes à propos desquels on a admis les circonstances atténuantes; — effectivement l'article 326, alinéa 3, permet d'abaisser la peine à six mois; — M. Garraud, pour ne pas prêter au rapporteur une inexactitude, en conclut qu'un crime excusé est un délit. — Soit! raisonnons un peu. — Si nous comprenons bien, la thèse de M. Garraud repose sur le syllogisme suivant : « M. Ninard a dit qu'il n'y a pas, pour faits qualifiés crimes, de » condamnation inférieure à un an de prison ; or, l'excuse atténuante per- » met d'abaisser la peine au-dessous d'un an; donc, dans la pensée de » M. Ninard, le crime excusé cesse d'être crime. » — Mais d'abord, en vertu d'un argument *à contrario* tiré des paroles de M. Ninard, nous pouvons prétendre, à notre tour, que l'honorable rapporteur conserve *au crime* puni d'une année d'emprisonnement au minimum la qualification qu'il tient de la loi. Or, le minimum de peine de l'article 67 étant d'une année d'emprisonnement, il en résulte que, dans la pensée de M. Ninard, l'excuse de minorité, celle précisément qui nous intéresse plus particulièrement, ne change pas la qualification de l'acte incriminé. Quant à l'excuse de provocation, a-t-elle plus de puissance? Un raisonnement par l'absurde nous amène à conclure la négative. En effet, si l'alinéa 3 de l'article 326 établit un minimum de six mois, il permet aussi d'infliger un maximum de deux années. De sorte qu'il dépendrait du juge de maintenir ou de changer la qualification du fait et d'engendrer des conséquences qui varieront d'après sa sentence. Donne-t-il à l'accusé un an de prison ou davantage, le crime, dans la pensée de M. Ninard,

— argument *à contrario* de ses paroles, — reste crime (prescription de l'action publique par dix ans, prescription de la peine par vingt ans); donne-t-il moins d'un an de prison, le crime, dans la pensée de M. Ninard, — c'est M. Garraud qui l'affirme, — dégénère alors en un délit (prescription de l'action publique par trois ans, prescription de la peine par cinq ans). En certains cas, il serait loisible au juge de soustraire un criminel au châtiment mérité, en le frappant d'une peine d'emprisonnement inférieure à une année, et en déclarant acquise la prescription triennale, par suite de la transformation du crime en délit.

666. — Au point de vue juridique, cette conclusion est monstrueuse: la logique l'impose, si l'on serre de près M. Garraud. Voilà pourtant où l'on aboutit, quand on torture les textes pour leur faire exprimer à tout prix ce qu'ils ne signifient nullement; car il est clair que le raisonnement de M. Garraud, — comme le nôtre, d'ailleurs, — repose sur le vide. L'on peut très bien admettre, en effet, sans que la réputation de M. Ninard en soit le moins du monde amoindrie, que l'honorable rapporteur, n'ayant pas présents à la mémoire, au moment où il parlait, les termes de l'article 326, ait laissé échapper une expression quelque peu inexacte. Nous ne croyons pas téméraire d'affirmer que M. Ninard ne songeait en aucune façon à trancher implicitement, par la tournure de sa phrase, le différend juridique qui sépare M. Garraud de ses adversaires et partage la jurisprudence en deux camps.

667. — M. Faustin Hélie (1) soutient la même théorie que M. Garraud; d'après lui, « c'est la peine seule qui doit servir de base à la durée de la » prescription. En effet, aux termes de l'article premier du Code pénal, » la loi, en divisant les actions punissables, a pris pour base de cette » division la peine dont elles sont passibles. Elles sont réputées crimes, » délits ou contraventions, suivant qu'elles sont passibles d'une peine » afflictive ou infamante, d'une peine correctionnelle ou d'une peine de » police. La qualification du fait se puise donc dans la nature de la peine » applicable. Il suit de là que ce n'est ni le titre de l'accusation, ni la » nature de la poursuite qui déterminent le véritable caractère du fait;

(1) *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, n° 1056 et 1057.

» c'est la peine qui lui est applicable, d'après l'appréciation définitive » qui en est faite à l'audience; car la qualification n'est que provisoire » jusqu'à ce que la peine qui est son fondement soit déterminée. La pres- » cription qui est attachée à la qualification, c'est-à-dire à la peine, ne » doit donc trouver également la mesure de sa durée que dans la nature » de la peine dont le fait est passible à l'issue du débat. C'est dans ce » sens qu'il faut entendre les articles 637 et 638 qui règlent la prescrip- » tion, suivant qu'il s'agit d'un crime emportant peine afflictive ou infa- » mante, ou d'un délit de nature à être puni correctionnellement. »

668. — M. Faustin-Hélie va plus loin encore : poussant la logique jusqu'au bout il reconnaît aux circonstances atténuantes le même effet qu'aux excuses légales : « Il semblerait, » continue-t-il, « que, d'après » le même principe, il ne doit y avoir lieu que d'appliquer la prescrip- » tion correctionnelle, lorsque la peine dont est passible le fait qualifié » crime par la loi est réduit aux proportions d'une peine correctionnelle » par l'admission des circonstances atténuantes. La Cour de cassation a » jugé qu'il ne devait pas en être ainsi — *attendu que la déclaration de » circonstances atténuantes ne fait que réduire la peine, mais ne change » pas la nature du crime déclaré constant.* — Mais, puisque la peine est » l'unique base de la qualification, comment admettre une qualification » criminelle en face d'une peine correctionnelle? Quand la loi définit — » *délit* — toute infraction punie d'une peine correctionnelle, comment » concevoir qu'un fait qui n'est puni que d'une peine correctionnelle » puisse conserver la qualification de crime? On objecte qu'une excuse » ne dépouille pas le fait de son caractère de crime. Cette règle est, en » effet, reçue dans les chambres du conseil et d'accusation, parce que » ces juridictions, ne statuant que sur la compétence, ne peuvent appré- » cier souverainement les circonstances qui modifient le fait. Mais, » devant les juges du fond, elle ne serait plus qu'une inutile fiction, » puisqu'elle maintiendrait une qualification qui serait détruite par la » déclaration du jury. Le caractère du fait est tout entier dans cette » déclaration; or, qu'importe que le jury ait écarté les circonstances » constitutives du crime ou admis les circonstances atténuantes, si ces » deux déclarations produisent le même effet, si l'une et l'autre n'en- » traînent qu'une peine correctionnelle? Ne serait-il pas puéril d'écarter

» dans le premier cas la qualification du crime et de la maintenir dans » le second, quand la pénalité est la même? Si le législateur n'a porté » que cette peine, n'est-ce pas qu'il a jugé que le fait, ainsi atténué, » n'avait plus les dangers et la gravité morale qui suivent le crime et » qu'il devait tomber dans la classe des délits? L'atténuation ne peut » modifier la peine qu'en modifiant le caractère du fait; l'une de ces » modifications n'est que la conséquence de l'autre. Et puis, n'y a-t-il » pas une étrange contradiction à punir un fait comme un simple délit » et à invoquer contre ce fait la prescription qui ne s'applique qu'aux » crimes? à déclarer la qualification tantôt dépendante, tantôt indépen- » dante de la peine? Enfin, le vœu de l'article 637 qui exige pour l'ap- » plication de la prescription décennale que le fait emporte peine afflic- » tive ou infamante est-il rempli quand ce fait ne donne lieu qu'à une » peine correctionnelle? »

669. — M. Faustin-Hélie nous semble accorder à l'article premier du Code pénal une importance qu'il n'a pas; et, sur ce point, nous ne pouvons mieux faire que d'opposer M. Faustin-Hélie à lui-même : « Il n'est » pas besoin, » dit-il ailleurs (1), « d'une étude bien approfondie du » Code pénal pour se convaincre que la division dont il s'agit (dans l'ar- » ticle 1er) est *d'ordre* plutôt que *de principe*. En effet, les définitions » qu'il pose, il ne tarde pas à les mettre lui-même bientôt de côté... ce » qu'il a voulu, c'est *poser une règle d'ordre*, un principe générateur de » la compétence. Ecoutez M. Treilhard : — Le premier de ces articles » définit les expressions de crime, délit, contravention, trop souvent » confondues et employées indifféremment. Désormais le mot — crime » — désignera les attentats contre la société *qui doivent occuper les Cours » criminelles*. Le mot — délit — sera affecté aux désordres moins graves » *qui sont du ressort de la police correctionnelle*; enfin, le mot — con- » travention — s'appliquera aux fautes *contre la simple police* » (2).

670. — « La définition de l'article premier a donc eu *pour seul but* » d'indiquer la compétence d'après la nature de la peine à laquelle

(1) *Théorie du Code pénal*, t. I, ch. 2, n° 15.
(2) *Exposé des motifs*, Locré, t. XXIX, p. 2)2

» l'accusation peut donner lieu; c'est là le *seul principe qu'il ait voulu* » *poser;* c'est *une méthode, une règle d'application : ce n'est point une* » *théorie.* »

671. — Eh bien, n'est-ce pas aller au-delà de la simple « méthode, » de la « règle d'application » et entrer de plain-pied dans le domaine de la « théorie » que de formuler des appréciations aussi grosses de conséquences que celles dont M. Faustin-Hélie nous a fait plus haut l'exposé? que d'affirmer, en se basant sur l'article premier du Code pénal, que « la qualification du fait se puise dans la nature de la peine applicable? » de conclure des termes de cet article premier qu'un crime frappé de peines correctionnelles seulement, par suite de l'excuse ou de circonstances atténuantes, dégénère en un délit auquel s'appliquera la prescription triennale de l'article 638 du Code d'instruction criminelle? — Le savant auteur n'hésite pas à reconnaître qu'un grand nombre de faits tels que les associations non autorisées, les infractions aux règles sur les inhumations, les maisons de jeu, etc., ne sont au fond que des contraventions, bien que frappés de peines correctionnelles et rangés au nombre des délits. Pourquoi se refuse-t-il absolument à admettre qu'un crime reste crime en dépit de la peine simplement correctionnelle qui atteint son auteur?

672. — Avec l'interprétation que leur donne M. Faustin-Hélie, la combinaison des articles 1 et 67 du Code pénal et 638 du Code d'instruction criminelle est de nature à engendrer des conséquences bizarres. Si cette interprétation est vraie, jamais on ne devrait envoyer devant les assises un mineur de seize ans. Supposez, en effet, qu'un individu de quinze ans commette un assassinat, crime puni de la peine de mort (art. 302 du C. p.); il doit être jugé par la Cour d'assises (argument *à contrario* de l'article 68 C. p.). Comme l'accusé est mineur de seize ans, deux résultats seulement sont possibles : l'acquittement, ou l'application de l'article 67 du Code pénal, c'est-à-dire, d'une peine correctionnelle. Or, d'après M. Faustin-Hélie, tout crime excusé dégénère en délit, et le mot — délit — en vertu de l'article premier du Code pénal dont l'unique but, ne l'oublions pas, est « d'indiquer la compétence, » le mot — délit, — disons-nous, « est affecté aux désordres qui sont du ressort de la police correctionnelle » : donc, un mineur de seize ans, ne pouvant jamais

commettre qu'un délit, ne devra jamais être envoyé devant la Cour d'assises.

673. — Mais les termes de l'article 68 du Code pénal sont absolument formels : le mineur de seize ans doit être jugé par la Cour d'assises, toutes les fois qu'il a commis une infraction susceptible d'entraîner la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, de la déportation ou de la détention. Or, l'article premier du Code pénal, — toujours d'après M. Faustin-Hélie, — ayant « pour seul but d'indiquer la compétence, » et « le mot — crime — » désignant « les attentats contre la société qui doivent occuper les Cours criminelles, » il s'ensuit que le mineur renvoyé devant les assises est coupable de — crime, — et que l'application d'une peine correctionnelle, — la seule possible, — ou, pour mieux dire, l'excuse de minorité, ne change pas la qualification du fait. On le voit, M. Faustin-Hélie se réfute lui-même.

674. — Ce n'est pas tout : l'éminent jurisconsulte dont nous discutons la théorie semble perdre de vue le but que s'est proposé le législateur en créant les circonstances atténuantes. Nous allons voir qu'elles ont été introduites dans l'article 463 pour corriger ce que notre Code pouvait offrir parfois de rigoureux et de trop absolu, mais non point pour transformer les crimes en délits et les soustraire parfois au châtiment, grâce à la prescription triennale : manière de voir, remarquons-le au passage, singulièrement dangereuse pour les accusés qui ne sont arrêtés que trois ans après la perpétration de leur crime et qui sont passibles des travaux forcés à temps ou de la réclusion. Elle pourrait, en effet, porter le jury à refuser à ces individus le bénéfice des circonstances atténuantes, par crainte de les voir échapper à la répression méritée.

675. — Dès 1810, les rédacteurs du Code avaient songé à étendre aux faits qualifiés crimes par la loi, les dispositions de l'article 463 par lesquelles déjà les tribunaux correctionnels étaient autorisés, au cas où les circonstances paraîtraient atténuantes, à réduire l'emprisonnement et l'amende au niveau des peines de simple police. Mais le projet fut abandonné, sous prétexte, dit M. Faure dans son rapport (1), que, en matière

(1) Locré, t. XXXI, p. 164 et 165.

criminelle, c'était accorder au juge un véritable droit decommutation de peine, droit « placé par la Constitution dans les attributions du souverain. »

676. — Mais, avec la marche progressive des idées libérales, l'adoucissement des mœurs, la réforme de cette législation était devenue un besoin public. Le jury protestait, par des acquittements souvent scandaleux, contre l'exagération des peines et s'était attribué le pouvoir de les proportionner à la gravité des infractions commises.

677. — La loi du 25 juin 1824 introduisit comme à regret quelques réformes timides; mais c'est surtout la loi du 28 avril 1832 qui accomplit la révolution souhaitée par tout le monde.

678. — D'après M. Faustin-Hélie tout le premier, l'application des circonstances atténuantes aux faits qualifiés crimes par la loi a un double but :

« Tempérer par une règle générale les pénalités trop rigoureuses et » quelquefois excessives du Code;

» Tenir compte de certaines circonstances du fait, de certaines » nuances de la culpabilité que le Code n'a pas prévues, et qui cepen» dant, pour que le châtiment soit juste, doivent entrer dans l'apprécia» tion de la moralité de l'agent. »

679. — L'honorable auteur prétend que le législateur a voulu par ce moyen ingénieux « pourvoir au plus pressé, » suppléer à une refonte générale du Code pénal pour lors impossible. Il appuie sa manière de voir sur un passage de l'exposé des motifs : « Il fallait trouver un moyen » d'étendre à toutes les matières la possibilité d'adoucir les rigueurs de » la loi autrement que par une minutieuse revision des moindres détails. » Pour atteindre ce but, le projet de loi a introduit dans les affaires » du grand criminel la faculté d'atténuation que l'article 463 ouvre pour » les matières correctionnelles.

680. — Et ailleurs : « C'est, » dit-il, « un pas dans une voie progres» sive, dans une carrière nouvelle. Mais on se tromperait sans doute si » on voulait y voir *un Code nouveau substitué à l'ancien, le règne d'un* » *autre système, la consécration d'une pensée nouvelle et complète.* »

681. — Plus loin encore, M. Faustin-Hélie ajoute que, de la réforme opérée par le législateur, il « résulte jusqu'à l'évidence qu'il a limité lui-

» même sa mission à la correction, à l'atténuation des peines; *il n'a pas* » *voulu toucher aux principes*. Les principes et les motifs de l'ancien » Code pénal *se réfléchissent donc encore sur le nouveau, bien que tem-* » *pérés dans leur logique application et leur rigueur primitive. Vainement,* » *en effet, on chercherait dans les discours des divers orateurs qui ont* » *expliqué la loi le principe d'un système nouveau.* »

682. — Comment, avec une pareille manière, — la seule vraie, — d'envisager le rôle des circonstances atténuantes, M. Faustin-Hélie a-t-il pu leur accorder un effet si puissant, lorsqu'il s'est agi de les comparer aux excuses atténuantes? Déclarer qu'elles changent la qualification du crime, lorsqu'elles entraînent l'application d'une peine correctionnelle, qu'elles le transforment en un simple délit auquel s'appliquera désormais la prescription de l'article 638, n'est-ce pas bouleverser les règles du Code, créer un système et des principes nouveaux?...

683. — L'opinion soutenue par MM. Garraud et Faustin-Hélie a été confirmée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation : 25 août 1864 (S. 1865. 1. 101); — 10 décembre 1869 (S. 1870. 1. 231); — 12 août 1880 (S. 1881. 1. 385). Citons ce dernier arrêt.

Arrêt du 12 août 1880 : affaire Bonord :

« La Cour,

« *Sur le moyen du pourvoi pris de la violation des articles* 637 *et* 638 » *du Code d'instruction criminelle*, 67 *et* 68 *du Code pénal, en ce que l'arrêt* » *attaqué aurait refusé d'appliquer la prescription triennale à une pour-* » *suite dirigée contre un mineur de seize ans inculpé d'un fait qualifié* » *crime par la loi, mais passible, à raison de son âge, d'une simple peine* » *correctionnelle ;*

« Vu lesdits articles :

« Attendu que, aux termes de l'article 68 du Code pénal, le crime » commis par un mineur de seize ans n'ayant pas de complice présent » au-dessus de cet âge, et qui n'emporte ni la peine de mort, ni celle » des travaux forcés à perpétuité, ni celle de la déportation ou de la » détention, rentre dans la compétence des tribunaux correctionnels et » n'est passible que de peines correctionnelles; que, aux termes de l'ar- » ticle 638 du Code d'instruction criminelle, la durée de la prescription de » l'action publique est réduite à trois années révolues, s'il s'agit d'un délit

» de nature à être puni correctionnellement ; que, de l'article premier du » Code pénal, il résulte que c'est la peine seule qui détermine la qualification de l'acte délictueux ; que cet article déclare que l'infraction que » les lois punissent de peines correctionnelles est un délit ; d'où il suit » que la prescription applicable à une poursuite dirigée contre un » mineur de seize ans, passible de peines correctionnelles, est celle de » l'article 638 susvisé, c'est-à-dire, celle de trois ans ;

« Attendu que l'inculpation portée contre le demandeur était d'avoir, » en août 1875, commis une soustraction frauduleuse, à l'aide d'une » fausse clef, dans un édifice ; que, à cette époque, Bonord était âgé de » moins de seize ans et n'était passible que de peines correctionnelles ; » que les poursuites à raison de ce fait n'ont commencé qu'en 1880, » c'est-à-dire, plus de trois années révolues après la perpétration du fait » incriminé ; que, en conséquence, ce fait était couvert par la prescription triennale ; que, dès lors, en repoussant l'exception de prescription » proposée par le prévenu, l'arrêt attaqué a faussement interprété et » violé expressément les articles de la loi susvisés... casse, etc. » (1).

684. — Dans une note insérée sous ce dernier arrêt, M. Villey le prend fortement à partie et soutient le second système auquel nous arrivons maintenant et qui peut se résumer en ces termes :

685. — *Le crime excusé reste crime, parce que c'est le même fait que s'il n'y avait pas d'excuse ; le fait reste intrinsèquement le même.*

686. — Nous allons essayer de démontrer que cette opinion est la meilleure et que la théorie de la Cour suprême est contraire aux textes et aux principes ; en même temps qu'elle comporte des conséquences logiques devant lesquelles on est obligé de reculer.

687. — Voici le syllogisme sur lequel repose cette théorie : d'après l'article premier du Code pénal, toute infraction se qualifie d'après la peine : l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit ;

Or, l'infraction commise par un mineur, fût-elle passible, à l'égard

---

(1) S., 1881. 1. 385.

de tout autre, de peines criminelles, n'est cependant punie que de peines correctionnelles ;

Donc cette infraction ne constitue qu'un délit et est soumise à la prescription triennale de l'article 638. Il nous paraît facile de répondre.

688. — Avec M. Villey, nous écarterons d'abord comme secondaire cette objection que les crimes commis par les mineurs rentrent dans la compétence des tribunaux correctionnels, car il est certain, — et M. Faustin-Hélie, qui approuve la jurisprudence de la Cour suprême, le reconnaît et le démontre lui-même, — que la nature de la juridiction à laquelle un fait est déféré ne peut avoir aucune influence sur ses qualifications, et, par conséquent, sur la prescription dont il est susceptible : « En effet, » dit M. Faustin-Hélie (1), « la juridiction correctionnelle est » journellement appelée à connaître de simples contraventions (C. instr. » crim., art. 192) ; la Cour d'assises, de simples délits (C. instr. crim., » art. 365). » — « Le bon sens le dit, » ajoute M. Villey : « le mineur, » s'il a des complices majeurs, sera traduit devant la Cour d'assises ; » comment cette circonstance toute fortuite aurait-elle une si capitale » influence sur la prescription, le fait étant le même ? Il faut donc s'at- » tacher uniquement à la qualification du fait, non pas à celle que lui a » donnée la poursuite, mais à celle qui résulte du jugement, lequel con- » tient la vérité judiciaire » (2).

689. — Jusqu'ici nous sommes d'accord avec les partisans du premier système ; mais, où la divergence commence entre eux et nous, c'est quand il s'agit de déterminer l'effet de l'article premier du Code pénal sur la qualification du fait délictueux. Nous reconnaissons bien, — et M. Villey le reconnaît aussi, — que cette qualification se déduit de la nature de la peine, mais de la peine portée par la loi contre l'infraction reconnue constante, et non de la peine prononcée contre tel agent à raison de circonstances spéciales et contingentes. Ainsi que nous le disions plus haut, il faut distinguer la criminalité *objective*, qui exprime la gravité sociale du fait, de la criminalité *subjective*, qui exprime le

---

(1) *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, n° 1055, p. 671.
(2) Villey, note dans Sirey, 1881. 1. 385, première colonne.

degré de culpabilité de l'agent : la prescription se détermine par la criminalité *objective*, c'est-à-dire, par la peine portée par la loi d'une manière générale.

690. — Cette distinction nous paraît résulter du texte même de l'article premier du Code pénal : « L'infraction que *les lois* punissent des » peines de police est une contravention ; l'infraction que *les lois* punis- » sent de peines correctionnelles est un délit ; l'infraction que *les lois* » punissent de peines afflictives et infamantes est un crime. » — Est-ce qu'il ne résulte pas de là qu'il ne faut s'attacher qu'à la peine prononcée par la loi, *par les lois*, contre le fait lui-même, à la criminalité *objective?* Ce texte, au moins, se concilie fort bien avec notre théorie ; en voici d'autres plus formels qui nous paraissent inconciliables avec celle de la Cour suprême. Elle part de ce principe, que le crime commis par un mineur, n'étant puni que de peines correctionnelles, dégénère en simple délit. Elle se heurte au texte même de l'article 68 du Code pénal : « L'in- » dividu âgé de moins de seize ans, qui n'aura pas de complices présents » au-dessus de cet âge, et qui sera prévenu de *crimes* autres que ceux » que la loi punit de la peine de mort, de celle des travaux forcés à per- » pétuité, de la peine de la déportation ou de celle de la détention, sera » jugé par les tribunaux correctionnels, qui se conformeront aux deux » articles ci-dessus. »

691. — M. Villey fait encore remarquer que, si le raisonnement de la Cour suprême était vrai pour le mineur, il s'appliquerait également aux autres excuses légales prévues par les articles 321 et suivants du Code pénal. — Si le crime commis par un mineur dégénère en délit parce qu'il n'est puni que de peines correctionnelles, il en faudra dire autant, *à fortiori*, des crimes dans lesquels la loi admet une excuse qui transforme la peine criminelle en peine correctionnelle ; *à fortiori*, car ici l'excuse agit sur la criminalité intrinsèque du fait et non plus seulement sur la culpabilité personnelle de l'agent. Or, ceci est contraire : 1° à la rubrique même sous laquelle sont placés les articles 321 et suivants : « *crimes* ou délits excusables et cas où ils ne peuvent être excusés ; » — 2° au texte de l'article 322 : « *les crimes et délits mentionnés au précédent article* sont également excusables ; » — 3° au texte de l'article 325 : « *le crime* de castration, s'il a été immédiatement provoqué par un

outrage violent à la pudeur, sera considéré comme meurtre ou blessure excusable ; — 4° enfin, et surtout, au texte de l'article 326, d'autant plus significatif que c'est lui qui modifie la nature de la peine, tout en maintenant la qualification de crime : « Lorsque le fait d'excuse sera prouvé, » s'il s'agit d'un *crime* emportant la peine de mort, ou celle des travaux » forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, la peine sera réduite à » un emprisonnement d'un an à cinq ans ; s'il s'agit *de tout autre crime*, elle » sera réduite à un emprisonnement de six mois à deux ans... ; s'il s'agit » d'un délit, la peine sera réduite à un emprisonnement de six jours à » six mois. »

692. — Enfin, M. Villey invoque le texte même de l'article 637, qui est le siège de la difficulté : ce texte n'est-il pas suffisamment clair? « L'action publique et l'action civile résultant d'un crime de nature à » entraîner la peine de mort, ou des peines afflictives perpétuelles, *ou de* » *tout autre crime emportant peine afflictive ou infamante*, *se prescriront* » après dix années révolues, à compter du jour où le crime a été commis... » Peu importe que le coupable, à raison de son âge, ne soit pas frappé de toute la sévérité de la loi, et ne soit puni que d'une détention correctionnelle, de même qu'il importerait peu que, à raison de circonstances atténuantes déclarées par le jury, l'accusé ne fût puni que d'une peine correctionnelle (art. 463 du C. p.). Le cas est le même, et, pour être logique, il faudrait décider, dans le système de la Cour de cassation, que la prescription triennale de l'article 638 devient applicable, quand le fait est puni d'une peine correctionnelle par l'effet de l'admission de circonstances atténuantes. M. Faustin-Hélie a été logique et a accepté cette conséquence (1) : nous avons discuté plus haut sa théorie à ce sujet (2), théorie que la Cour de cassation a d'ailleurs rejetée (3). Il est, en effet, fort difficile d'admettre que la nature du fait puisse changer par suite de l'admission de circonstances atténuantes, absolument discrétionnaires

(1) *Traité de l'Instruction criminelle*, t. II, n° 1057.

(2) *Vide Supra*, p. 267 et suivantes.

(3) Cass., 17 janvier 1833, Sirey, 1833. 1. 413.

Cass., 11 avril 1839, Sirey, 1839. 1. 776.

Cass., 30 mai 1839 et 1er mars 1854, Sirey, 1855. 1. 319

pour le jury, qui peut même ne les déclarer que pour mitiger la peine prononcée par la loi, quand elle lui paraît excessive, et que le sort de l'action publique qui paraissait le plus régulièrement intentée soit mis rétroactivement à la discrétion tantôt du jury, tantôt de la Cour (art. 463 C. p.). Dans ce système, le délit puni de peines de simple police par suite de l'admission de circonstances atténuantes dégénérerait aussi en contravention, et si, par malheur, le jugement n'était point intervenu dans l'année, la prescription se trouverait rétroactivement acquise, malgré tous actes d'instruction et de poursuite (C. instr. crim., art. 640). Nous comprenons que la Cour suprême ait reculé devant ces conséquences. Et cependant la logique les imposait, si son principe est exact. Ou il faut entendre l'article premier du Code pénal comme parlant de la peine portée par la loi *in abstracto*, de la criminalité *objective* : et alors il importe peu que ce soit par l'effet de la minorité, ou d'une autre excuse légale, ou de circonstances atténuantes, que la peine appliquée ne soit qu'une peine correctionnelle ; dans aucun cas le fait ne changera à cause de cela de caractère. Ou il faut entendre l'article premier comme parlant de la peine appliquée à l'agent dans un cas déterminé, de la criminalité *subjective*, et dire que tout accusé qui n'encourt qu'une peine correctionnelle n'a jamais, quelle qu'en soit la cause, commis qu'un délit.

693. — Voilà ce que disent les textes : et les principes, que disent-ils? La loi, nous le savons, a établi, quant à l'action publique, trois prescriptions différentes : une prescription de dix ans pour les crimes, de trois ans pour les délits, d'un an pour les contraventions (C. instr. crim., art. 637, 638 et 640). Pourquoi ces trois prescriptions? pourquoi cette différence dans leur durée? — Evidemment parce que le législateur a pensé que l'oubli, qui est le principal fondement de la prescription criminelle, viendrait plus tard pour les crimes que pour les délits, et, pour ceux-ci, plus tard que pour les contraventions. Le souvenir d'un acte dure dans la mémoire des hommes en proportion de la vivacité des impressions que cet acte a produites sur eux. Le souvenir d'un assassinat qui a vivement frappé l'imagination durera plus longtemps que le souvenir d'un vol ou d'une escroquerie : c'est pourquoi la durée de la prescription sera plus longue. S'il en est ainsi, n'est-il pas manifeste que c'est à la criminalité *objective* du fait qu'il faut s'attacher pour déterminer la

prescription? Qu'importe que l'agent soit un majeur ou un mineur? un récidiviste ou un homme digne de circonstances atténuantes? Cet agent est peut-être inconnu. Mais le souvenir du crime qui a frappé les esprits n'en durera pas moins aussi longtemps, dans tous les cas : c'est la matérialité du fait, c'est la gravité des circonstances qui l'ont accompagné qui détermineront l'intensité du souvenir qu'il laissera parmi les hommes. Le système de la Cour de cassation et des jurisconsultes que nous combattons méconnait le fondement essentiel de la prescription criminelle. Il nous paraît contraire aux principes comme aux textes.

694. — Aux arguments déjà nombreux que nous avons invoqués jusqu'ici en faveur du second système, qui est le nôtre, nous en ajoutons un dernier tiré de l'article 635 du Code d'instruction criminelle et qui nous semble absolument décisif. Nous sommes étonné de ne l'avoir trouvé sous la plume d'aucun des jurisconsultes qui veulent que le crime excusé reste crime et ne dégénère pas en délit. Cet article, qui nous paraît de nature à porter le coup de massue à l'opinion adverse, est ainsi formulé : « Les peines portées par les arrèts ou *jugements rendus en* » *matière criminelle* se prescriront par *vingt années* révolues, à compter » de la date des arrêts ou *jugements*. » — Quels sont les tribunaux qui rendent des *jugements en matière criminelle*? Les conseils de guerre (1) et les tribunaux correctionnels dans le cas de l'article 68 du Code pénal. Il faut bien admettre cette seconde partie de la réponse, autrement on est obligé de conclure que l'article 635 n'a entendu viser, par l'expression ci-dessus soulignée, que les décisions des conseils de guerre : ce qui est absolument impossible. En effet, l'article 642 du même Code, visant la prescription des condamnations civiles, parle encore des « con- » damnations civiles portées par les arrêts ou par les *jugements rendus* » *en matière criminelle*... ; » or, les tribunaux militaires ne peuvent statuer sur l'action civile (2) : donc l'expression du Code d'instruction criminelle ne peut s'appliquer qu'aux décisions des tribunaux correctionnels.

695. — Second syllogisme : si les tribunaux correctionnels statuent

---

(1) *Code de Justice militaire*, art. 184.

(2) *Code de Justice militaire*, art. 53 et 54.

en matière criminelle, ce ne peut être qu'au cas de l'article 68 du Code pénal, c'est-à-dire, au cas où le mineur de seize ans n'a pas de complice présent au-dessus de cet âge et où son crime n'est puni que des travaux forcés à temps ou de la réclusion ;

Or, au cas où le mineur a agi avec discernement, le tribunal correctionnel doit, *dans son jugement*, lui appliquer *les peines correctionnelles* de l'article 67; d'un autre côté, cette peine ne pourra se prescrire que par vingt années révolues (art. 635, C. inst. crim.) :

Donc le crime excusé par l'âge reste un crime.

696. — Entre ces deux systèmes la jurisprudence a varié.

697. — Pendant une première époque, la Cour de cassation a admis que, si la peine est modifiée, la nature de l'infraction reste la même. Citons dans ce sens deux arrêts des 10 avril 1818 et 2 avril 1825.

698. — Revenant sur sa première opinion, elle a, pendant une seconde période, décidé, en sens contraire, que le crime commis par un mineur de seize ans, n'étant puni que de peines correctionnelles, dégénère en un simple délit : les arrêts des 25 août 1864, 10 décembre 1869, 12 août 1880 traduisent cette jurisprudence.

699. — Enfin, le 9 juillet 1891, la Cour suprême, revenant à sa première jurisprudence, a formellement affirmé que, si l'on n'infligeait aux mineurs qu'une peine correctionnelle, c'était en considération de l'âge de l'accusé, mais que ce tempérament ne modifiait pas le caractère de l'acte incriminé, dont les éléments substantiels ne sont pas modifiés, et que la matière reste criminelle. Voici l'espèce à laquelle nous faisons allusion :

Le sieur Etcheverry, âgé de quinze ans, avait été condamné par contumace, le 18 février 1886, par la Cour d'assises des Basses-Pyrénées, à dix ans d'emprisonnement pour vol qualifié ; arrêté le 22 février 1891, il invoqua la prescription de la peine ; — 6 mai 1891, arrêt de la Cour d'assises des Basses-Pyrénées, ainsi conçu :

« La Cour,

« Attendu qu'il échet d'examiner l'exception de prescription invo-
» quée par la défense : — Attendu, à cet égard, que l'accusé ayant été
» condamné par contumace, à la date du 18 février 1886, la prescription
» de la peine s'est, par l'effet de cet arrêt, substituée à celle de l'action
» publique ;

« Attendu que, à ce point de vue, la question est de savoir si, l'accusé » ayant commis, alors qu'il avait moins de seize ans, un crime puni par » la loi de la peine des travaux forcés à perpétuité, c'est la prescription » criminelle de vingt ans, ou la prescription correctionnelle de cinq ans, » dont il doit être fait application à la cause ;

« Attendu *en droit* qu'il résulte de la combinaison des articles 66, » 67 et 68 du Code pénal, que le mineur de seize ans, quelle que soit la » juridiction devant laquelle il est traduit, ne peut jamais être puni que » de l'emprisonnement, qui, aux termes de l'article 9 du même Code, » est une peine correctionnelle ; qu'ainsi la volonté de la loi a été de » faire dégénérer en délit toutes les infractions commises par le mineur » de seize ans, quelle que soit leur gravité, et quelle que soit la juridic- » tion qui les juge ; qu'il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les faits » que l'article 68 du Code pénal réserve aux tribunaux correctionnels et » ceux dont il attribue exclusivement la connaissance à la Cour d'assises » comme emportant la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, » de la déportation ou de la détention ; que, en effet, la nature de la » juridiction compétente n'a pas, dans notre législation criminelle, une » influence nécessaire sur la qualification des infractions, laquelle, aux » termes de l'article premier du Code pénal, est déterminée par la nature » des peines prononcées par la loi ; qu'il suit de là que, l'accusé Jean » Etcheverry étant âgé de moins de seize ans au moment où il a ommis » le fait dont il a été déclaré coupable par le jury, lequel fait n'est pas- » sible que de la peine correctionnelle de l'emprisonnement, c'est de la » prescription de cinq ans qu'il doit bénéficier.

« Attendu, *en fait*, que, condamné par contumace, le 18 février 1886, » l'accusé n'a été arrêté que le 22 février 1891, à une date, par consé- » quent, où la prescription de la peine était acquise, etc. »

Pourvoi en cassation par le procureur général prés la Cour d'appel de Pau, et, le 9 juillet, la Cour suprême rendait l'arrêt que voici :

« La Cour,

« *Sur le moyen pris de la violation des articles* 635 *et* 636 *du Code* » *d'instruction criminelle*, 67 *et* 68 *du Code pénal, en ce que l'arrêt atta-* » *qué aurait appliqué la prescription de cinq ans à un fait qualifié crime;*

« Attendu que le sieur Etcheverry, poursuivi comme complice de vols

» qualifiés, à raison desquels la peine encourue était celle des travaux
» forcés à perpétuité, a été condamné par contumace, par la Cour
» d'assises des Basses-Pyrénées, le 18 février 1886, alors qu'il était âgé
» de moins de seize ans, à la peine de dix ans d'emprisonnement et de
» cinq ans d'interdiction de séjour; que, arrêté le 22 février 1891, il fut
» traduit le 5 mai suivant devant la même Cour d'assises et déclaré cou-
» pable par le jury, comme ayant agi avec discernement, des vols ci-
» dessus spécifiés;

« Attendu que, avant le prononcé de la condamnation, l'arrêt attaqué
» a, sur les conclusions prises par la défense, déclaré l'action publique
» éteinte contre l'accusé à raison de la prescription de la peine relative-
» ment aux faits dont il avait été déclaré coupable par le jury, par ce
» motif que ces faits, accomplis par un mineur âgé de moins de seize
» ans, ne pouvaient être punis que de peines correctionnelles, et qu'il y
» avait lieu de leur appliquer la prescription quinquennale attachée aux
» peines en matière correctionnelle;

« Attendu que, si, par une dérogation tout à fait spéciale, le mineur
» âgé de moins de seize ans qui a commis une infraction de la nature
» de celles que la loi qualifie crimes n'est puni que de peines correc-
» tionnelles, ce tempérament exceptionnel apporté à la peine en faveur
» du mineur, exclusivement en raison de son âge, ne saurait transformer
» le caractère du fait incriminé, dont les éléments substantiels ne sont
» pas modifiés, et que la matière reste criminelle;

« Attendu que, aux termes de l'article 635 du Code d'instruction cri-
» minelle, les peines portées par les arrêts ou jugements rendus en
» matière criminelle se prescrivent par vingt ans; qu'ainsi l'arrêt atta-
» qué, en appliquant la prescription des peines en matière correction-
» nelle à un crime pour lequel le coupable aurait, aux termes de l'ar-
» ticle 67 du Code pénal, encouru la peine des travaux forcés à perpé-
» tuité, s'il n'eût été mineur, a violé les dispositions de l'article 635 du
» Code d'instruction criminelle : casse... »

700. — Notre conclusion est donc que l'excuse atténuante résultant de la minorité de seize ans n'a pas pour effet de transformer le crime en délit.

701. — Cette question présente un grand intérêt pratique aux deux points de vue que voici :

1° Ainsi que le disent les deux arrêts que nous venons de reproduire, si le crime excusé reste crime, l'action publique se prescrit par dix ans, et la peine par vingt ans; s'il dégénère en un délit, l'action publique se prescrit par trois ans et la peine par cinq ans;

2° Le crime déjà excusé peut, en outre, bénéficier des circonstances atténuantes : mais à qui appartiendra-t-il de les accorder? — Certains jurisconsultes veulent que ce droit soit uniquement réservé à la Cour toutes les fois que la peine à appliquer ne peut être que l'emprisonnement. — Cette opinion serait admissible, si l'excuse transformait le crime en délit. Mais il faut la rejeter, en présence de la solution que nous venons d'admettre, car l'article 341 du Code d'instruction criminelle veut que, « *en toute matière criminelle*, » l'admission des circonstances atténuantes soit réservée au jury.

702. — L'article 420, alinéa 1-1°, du Code d'instruction criminelle dispose que les *condamnés en matière criminelle* sont dispensés de l'amende imposée par l'article 419 à la partie civile qui se pourvoit en cassation. La Cour suprême, pour l'application de cet article, considère comme matière criminelle celle qui tire cette qualité de la nature même de l'infraction, abstraction faite de la juridiction qui condamne. D'où cette conclusion que le mineur de seize ans reconnu coupable d'un crime, mais condamné seulement, à raison du défaut de discernement, à la détention dans une maison de correction, par une décision émanée du tribunal correctionnel, n'en doit pas moins être considéré comme condamné *en matière criminelle* et, dès lors, être dispensé de toute consignation d'amende, sur le pourvoi en cassation par lui formé. Nous trouvons cette opinion consacrée par deux arrêts des 13 et 20 décembre 1866 (1). Elle est assez difficile à concilier, disons-le en passant, avec la théorie que professait, à cette époque-là, la Cour de cassation sur l'excuse d'âge, théorie d'après laquelle le crime excusé par l'âge dégénère en délit. D'ailleurs, en admettant cette dernière théorie, le mineur condamné est encore dispensé de l'amende, mais c'est alors en vertu de l'alinéa 2, 1°

(1) Sirey, 1867. 1. 191.

ou 2°, du même article 420. Cette dernière remarque n'offre qu'un intérêt purement théorique.

703. — III° L'INFRACTION COMMISE PAR LE MINEUR EST UN DÉLIT. — Dans ce cas, la peine prononcée par le juge ne pourra s'élever au-dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné, s'il avait eu seize ans.

704. — Il a été reconnu par la jurisprudence, — ce sont MM. Chauveau et Faustin-Hélie qui en font la remarque, — qu'il est contraire au vœu de l'article 69 d'appliquer au mineur condamné pour délit correctionnel *la moitié* de la peine qu'il aurait précisément subie, s'il avait eu seize ans accomplis. Il est nécessaire que la peine appliquée soit *au-dessous de la moitié* de celle qu'il aurait dû subir, s'il avait eu cet âge. — Cette solution, d'après ces auteurs, n'est que *l'application textuelle de la loi*.

705. — MM. Chauveau et Faustin-Hélie font allusion à un arrêt de la Cour de Bordeaux du 26 août 1830 et leur observation est juste, en tant qu'elle s'applique à une décision judiciaire rendue sous l'empire de l'ancien article 69, dont nous avons donné plus haut le texte et qui ordonnait d'infliger au mineur une peine « *au-dessous de la moitié* de » celle qu'il aurait subie, s'il avait eu seize ans. » Mais elle est fausse, si ces auteurs la présentent comme interprétation du nouvel article 69, puisque cet article porte : « la peine ne pourra s'élever *au-dessus de la* » *moitié*. » La moitié peut donc être appliquée légalement, et elle constitue le *maximum* de peine ; mais la loi est muette sur le *minimum* : quel sera-t-il ?

706. — On peut envisager quatre solutions :

707. — 1° Le minimum peut être celui des peines correctionnelles, c'est-à-dire, six jours d'emprisonnement ou seize francs d'amende. Sous l'article 69 primitif, cette solution s'imposait, car cet article donnait au juge la faculté d'appliquer *telle peine correctionnelle* qu'il jugeait convenable, et, par conséquent, lui permettait de descendre jusqu'au minimum des peines correctionnelles. Mais il ne lui donnait pas le droit de descendre aux peines de simple police.

708. — Les partisans de cette solution prétendent que la rédaction de 1832 n'a rien changé, en ce sens que, si le nouvel article 69 est muet

sur le minimum de peine, l'article 40 du Code pénal, qui le complète tout naturellement, détermine les limites de l'emprisonnement correctionnel (cass., 11 janv. 1856, Dalloz, 56. 1. 108).

709. — 2° Le minimum peut être celui auquel le mineur aurait été condamné, s'il avait eu seize ans. Cette solution paraît admissible, si l'on s'en tient aux termes de l'article 69, qui semble, en ne s'occupant que du maximum, laisser au minimum ses proportions ordinaires. Mais alors il faudrait admettre aussi, — ce qui est bien difficile, — que la loi du 28 avril 1832 s'est montrée, à l'égard du mineur, plus rigoureuse que le Code de 1810.

710. — 3° Le minimum est abandonné à l'appréciation discrétionnaire des juges. La Cour de cassation, qui a soutenu un moment cette théorie, a reconnu bien fondé l'arrêt qui avait prononcé contre un mineur de seize ans, prévenu d'un délit de chasse, une amende de cinq francs (cass., 3 février 1849, Dalloz, 1850. 5. 59).

711. — 4° Enfin, le minimum sera la moitié du minimum qui pourrait être appliqué à un agent majeur.

Cette solution nous semble la vraie et nous nous y rattachons. Remarquons d'abord, en effet, que le nouvel article 69 n'exige pas, comme la rédaction de 1810, l'application d'*une peine correctionnelle.* D'où l'on peut induire que l'article 69, en gardant le silence sur le minimum, a entendu le soumettre au même mode de calcul que le maximum.

712. — Par suite, le tribunal estime-t-il que le prévenu, abstraction faite de sa qualité de mineur, n'a encouru que le minimum de la peine prononcée par la loi contre le délit qui lui est imputé? il doit lui appliquer, à raison de son âge, la moitié de cette peine, alors même que cette moitié descendrait au-dessous du minimum des peines correctionnelles; autrement, en pareille hypothèse, le mineur ne pourrait bénéficier de l'excuse de minorité et serait traité sur le même pied qu'un majeur. Eclairons notre pensée par un exemple : un mineur de seize ans est prévenu d'outrage à agent, infraction contre laquelle la loi prononce une peine dont le minimum est de six jours d'emprisonnement ou de seize francs d'amende. A raison des circonstances de la cause, le tribunal correctionnel estime que le mineur, s'il était majeur, ne devrait être frappé que du minimum de l'emprisonnement, c'est-à-dire, six jours,

ou du minimum de l'amende, c'est-à-dire, seize francs : c'est ce minimum dont le tribunal devra prendre la moitié, soit trois jours d'emprisonnement ou huit francs d'amende, pour l'appliquer au mineur. De sorte que l'âge seul du prévenu, sans déclaration de circonstances atténuantes, pourra transformer la peine correctionnelle en peine de simple police. Il ne faudrait pas en conclure que les circonstances atténuantes n'auront en l'espèce aucune utilité, car elles permettront au juge de descendre jusqu'au minimum des peines de simple police, soit un jour d'emprisonnement ou un franc d'amende.

713. — La Cour de cassation a consacré récemment cette solution dans une affaire Amourette, sur laquelle elle a statué le 5 mars 1898 (Dalloz, 1898. 1. 518).

La Cour d'Amiens avait, le 13 août 1897, rendu l'arrêt dont extrait suit :

« Et statuant sur les conclusions du ministère public qui critique le » dispositif du jugement dont est appel, en ce que les premiers juges » sont descendus, dans l'application de la peine, au-dessous de la moitié » du minimum de l'amende prévue par l'article 11 de la loi sur la » chasse, en condamnant Amourette à cinq francs d'amende au lieu de » huit francs, moitié du minimum, dernière limite, selon le ministère » public, de l'indulgence dont pouvait user le premier juge :

« Considérant que l'article 69 du Code pénal n'a établi, pour le cas » où il y a lieu à condamnation qu'un maximum, au-dessus duquel ne » peut être élevée la peine, sans déterminer la limite de la réduction ; — » que cette réduction, dès lors, est abandonnée à une appréciation dis- » crétionnaire, qui la mesure sur le caractère particulier qu'impriment » à la prévention admise contre le mineur, soit les différentes phases » de cette minorité, soit les autres circonstances propres à mesurer la » gravité du fait reconnu punissable : — que, dès lors, les premiers juges » n'ont pas outrepassé leurs pouvoirs et ont fait une juste appréciation » des faits en condamnant Amourette à cinq francs d'amende. »

Pourvoi du ministère public.

« La Cour,

« *Sur le moyen pris de la fausse application de l'article* 69 *du Code* » *pénal et de la violation des articles* 9,464, 466 *du même Code et* 11 *de*

» *la loi du 3 mai 1844, en ce que l'arrêt attaqué a prononcé pour délit de*
» *chasse, contre un mineur de seize ans, ayant agi avec discernement, une*
» *amende inférieure à la moitié du minimum des amendes correctionnelles ;*

« Vu lesdits articles :

« Attendu que l'article 69 du Code pénal dispose que, dans tous les
» cas où un mineur de seize ans a commis avec discernement un simple
» délit, la peine qui est prononcée contre lui ne peut s'élever au-dessus
» de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné, s'il avait
» eu seize ans ; — que, ainsi, c'est sur le montant de la peine qu'il aurait
» encourue, s'il avait eu plus de seize ans, que se règle le montant de la
» peine à prononcer contre lui, eu égard à son état de minorité : d'où il
» suit que, dans le cas où, majeur de seize ans, il n'eût dû, à raison des
» circonstances de la cause, être frappé que d'une amende de seize francs,
» l'amende dont il passible, en tant que mineur, ne peut s'élever au-
» dessus de la moitié de cette somme. — Attendu que, dans ce même cas,
» s'il se trouve que l'article 463 du Code pénal soit inapplicable, ladite
» amende ne saurait, non plus, être inférieure à cette moitié : — qu'il
» résulte, en effet, de la combinaison des articles 9, 464 et 466 dudit
» Code que le minimum de l'amende correctionnelle est de seize francs ;
» que ce taux est bien susceptible d'une réduction de moitié, en pré-
» sence de la disposition expresse de l'article 69 précité, qui oblige à
» abaisser la peine dans cette mesure, au cas de minorité qu'il prévoit ;
» mais que cet article, ne déterminant pas de taux inférieur à cette
» moitié, n'autorise pas le juge à réduire l'amende à un chiffre plus bas.
» — Attendu que, dans l'espèce, Amourette, mineur de seize ans, a été
» retenu comme ayant commis avec discernement un délit tombant sous
» l'application de l'article 11 de la loi du 3 mai 1844, sur la chasse, et pas-
» sible d'une amende de 16 à 100 francs ; qu'il pouvait, malgré l'inappli-
» cabilité de l'article 463 du Code pénal en la matière et par application
» des dispositions de l'article 69 dudit Code, n'être condamné qu'à la
» moitié du minimum de cette amende, c'est-à-dire, à la somme de huit
» francs, mais que ladite amende ne pouvait également être abaissée à
» un taux moindre ; — que, dès lors, l'arrêt attaqué, en ne prononçant
» contre Amourette qu'une amende de cinq francs, a violé les disposi-
» tions de loi susvisée : — Par ces motifs, casse. . »

714. — Cet article 69 est applicable à tous les délits, qu'ils soient prévus par le Code pénal ou par des lois spéciales. La Cour de cassation, qui a confirmé maintes fois cette manière de voir, décide, toutefois, toujours fidèle à sa jurisprudence, que l'article 69 ne saurait diminuer les amendes fiscales. C'est ainsi encore que la Cour de Pau, dans un arrêt du 23 mars 1889, a décidé que, si un mineur agit avec discernement, cette circonstance est sans influence sur l'amende à laquelle il doit être condamné; que, en effet, l'amende, en matière de contributions indirectes, n'ayant point le caractère d'une peine, mais d'une réparation civile, il en résulte qu'il y a lieu de la prononcer, alors même que le prévenu est acquitté comme ayant agi sans discernement; que, par suite, si le mineur de seize ans est reconnu avoir agi avec discernement, il ne saurait y avoir lieu de réduire l'amende de moitié, conformément à l'article 69 du Code pénal, puisque cette amende n'est point une peine, mais une réparation civile, à laquelle le mineur de seize ans, acquitté comme ayant agi sans discernement, doit être condamné, au même titre qu'au paiement des frais (1).

715. — La discussion à laquelle nous nous sommes livré dans la section précédente laisse entrevoir que nous condamnons cette jurisprudence comme s'appuyant, non sur la loi, mais sur l'imagination.

716. — En vertu de la loi du 5 août 1899 (art. 7-5°), n'est pas inscrite au bulletin n° 3 : « Une première condamnation à un emprisonnement » de trois mois ou de moins de trois mois, prononcée par application des » articles 67, 68 et 69 du Code pénal. »

717. — IV° L'INFRACTION COMMISE PAR LE MINEUR EST UNE CONTRAVENTION. La loi n'ayant pas prévu cette hypothèse, on décide que, en matière de simple police, l'âge de l'inculpé n'est pas une excuse atténuante légale. Aux termes de l'article 65 du Code pénal, nulle infraction ne peut, en effet, être excusée, « ni la peine mitigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. »

718. — D'ailleurs, il n'y a guère à regretter le silence de la loi sur

(1) Cour de Pau, 23 mars 1889, Sirey, 1889. 2. 152,

ce point. L'excuse de minorité, en effet, n'aurait qu'une utilité tout à fait secondaire, puisque le maximum des peines de police est fort peu de chose et que, d'autre part, l'application des circonstances atténuantes permet au juge de descendre à un franc d'amende ou un jour d'emprisonnement.

719. — Abordons maintenant une question bien importante et bien controversée.

Nous venons de déterminer, en étudiant les articles 67 et 69, dans quelle mesure l'excuse de minorité atténue les peines prononcées par la loi. Mais à cette cause d'atténuation peut s'en joindre une autre, celle résultant de l'admission des circonstances atténuantes, et la difficulté qui se présente ici consiste à savoir laquelle des deux doit passer la première. Faudra-t-il appliquer tout d'abord la peine résultant de l'excuse de minorité, puis faire porter sur cette peine l'atténuation des circonstances atténuantes? Ou bien, au contraire, faudra-t-il d'abord appliquer la peine résultant des circonstances atténuantes et faire porter ensuite sur cette peine l'atténuation de l'excuse? La question est importante, car la peine varie extrêmemement suivant la solution qu'on lui donne.

720. — Si l'on décide qu'il faut en premier lieu tenir compte de l'excuse de minorité, la réduction de peine sera, dans tous les cas, beaucoup plus considérable que si l'on avait commencé par tenir compte des circonstances atténuantes. En effet, l'excuse de minorité, d'après l'article 67 du Code pénal, produit ce résultat qu'on ne peut jamais prononcer contre le mineur qu'une peine correctionnelle, la peine de l'emprisonnement, quel que soit le crime qu'il ait commis. C'est donc sur cette peine de l'emprisonnement qu'il faudra faire porter l'atténuation résultant des circonstances atténuantes. Or, d'après l'article 463, alinéa 9, dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal, s'il y a des circonstances atténuantes, les juges sont autorisés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement au-dessous de six jours et l'amende au-dessous de seize francs.

721. — Ils peuvent même substituer à la peine de l'emprisonnement une simple amende. L'exemple suivant rendra nos explications plus compréhensibles :

Un mineur a commis un assassinat : crime puni de la peine de mort (art. 302 C. p.). Le jury déclare qu'il a agi avec discernement, mais il existe en sa faveur des circonstances atténuantes.

Si la Cour tient compte d'abord des circonstances atténuantes, la peine de mort sera remplacée soit par la peine des travaux forcés à perpétuité, soit par celle des travaux forcés à temps.

Si elle estime que, abstraction faite de la minorité, elle eût infligé à l'accusé les travaux forcés à perpétuité, elle ne pourra, en faisant jouer l'excuse de minorité, descendre au-dessous de dix années d'emprisonnement dans une maison de correction ; — estime-t-elle, au contraire, qu'elle fût descendue aux travaux forcés à temps, le minimum applicable à l'accusé sera de vingt mois d'emprisonnement dans une maison de correction (art. 67, al. 2 et 3).

Si la Cour fait agir en premier lieu l'excuse de minorité, la peine de mort se trouvera remplacée par un emprisonnement de dix à vingt ans dans une maison de correction, emprisonnement qui, par le bénéfice des circonstances atténuantes, pourra s'abaisser jusqu'à un jour, ou même être remplacé par un franc d'amende (art. 463, al. 9).

722. — Donc, quel que soit le fait imputé au mineur, ce fait serait-il de nature à entraîner la peine de mort, si l'on admet qu'il faut en premier lieu tenir compte de l'excuse de minorité, la peine pourra descendre jusqu'à un franc d'amende.

723. — C'est sans doute ce résultat qui a amené la jurisprudence et, avec elle, la majorité des auteurs à admettre que, au cas de concours entre l'excuse atténuante de minorité et les circonstances atténuantes, il fallait, en premier lieu, tenir compte de l'atténuation résultant des circonstances atténuantes. La Cour de cassation a établi en règle générale que pour faire bénéficier l'accusé de la double atténuation à laquelle il a droit, aux termes des articles 67, 69 et 463 du Code pénal, la Cour d'assises ou le tribunal doit déterminer d'abord :

1° La peine telle qu'elle serait encourue par la nature du crime ou du délit, si l'individu était majeur de seize ans ;

2° La Cour doit ensuite fixer, par application de l'article 463, le degré d'atténuation de la peine, c'est-à-dire, la peine applicable au fait tel qu'il

résulte de la déclaration du jury, toujours comme s'il s'agissait d'un majeur;

3° Enfin, faire subir à la peine ainsi fixée la transformation indiquée par les articles 67 et 69.

724. — La Cour criminelle de Chandernagor (Inde française) avait condamné un mineur, le 22 février 1887, à huit années d'emprisonnement dans une maison de correction. Le crime dont le demandeur était déclaré coupable entraînait la peine de mort : cette peine, à raison des circonstances atténuantes, pouvait être facultativement réduite par la Cour criminelle à celle des travaux forcés à perpétuité ou à celle des travaux forcés à temps (art. 463, C. p.); la Cour de Chandernagor avait d'abord réduit la peine en tenant compte des circonstances atténuantes, puis avait ensuite appliqué l'atténuation résultant de la minorité. Sur pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation décida que la Cour criminelle de Chandernagor, en prononçant contre le demandeur la peine de huit années d'emprisonnement, s'était tenue dans les limites de la pénalité portée par les articles 463 et 67 du Code pénal et que, loin de violer ces articles, elle en avait fait, au contraire, une juste et exacte application.

725. — La Cour suprême donnait comme motif de sa décision que la Cour criminelle devait tenir compte de chacune des circonstances de culpabilité, discernement, et circonstances atténuantes pour l'application de la peine, en prenant pour point de départ les réponses aux questions posées, et après avoir ainsi fixé, eu égard à tous les éléments de ces réponses, la peine légalement applicable, en modifiant cette peine conformément aux dispositions de l'article 67 du Code pénal; que ce mode de procéder, qui s'associe avec les règles relatives à l'application de l'article 463 du Code pénal, soit que l'on considère les conséquences, soit que l'on considère l'esprit de la loi, s'appuie d'ailleurs sur le texte même de l'article 67, lequel, en effet, pose pour base de l'atténuation de la peine dérivant de la minorité de l'accusé qui agit avec discernement la détermination préalable de la peine par lui encourue, indépendamment de la qualité de mineur (1).

---

(1) Cass., 5 mai 1887, Sirey, 1889. 1. 41.

726. — M. Villey, dans une note que nous allons analyser, critique avec une logique lumineuse la doctrine que consacrait cet arrêt ; il affirme que l'excuse légale doit fonctionner avant les circonstances atténuantes, comme le décide la Cour suprême elle-même, en matière d'excuse de provocation (1).

727. — Voici l'intérêt de la question, dit en substance M. Villey. Si l'on commence par les circonstances atténuantes, la Cour aura à examiner si elle doit appliquer seulement l'abaissement obligatoire d'un degré, ou l'abaissement facultatif d'un second degré ; dans le premier cas, la peine serait celle des travaux forcés à temps, et l'atténuation de l'article 67 convertira cette peine en un emprisonnement dans les limites de vingt mois a dix ans (2) ; dans le second cas, la peine serait celle de la réclusion, et l'application de l'article 67 la ferait descendre à un emprisonnement dans les limites de vingt mois à cinq ans. Si, au contraire, on commence par l'application de l'article 67, la peine des travaux forcés à perpétuité se trouve convertie en une détention de dix à vingt ans, et la Cour pourra, en cas de circonstances atténuantes, user de l'atténuation presque illimitée qu'autorise l'article 463. Dans la première hypothèse, la déclaration de circonstances atténuantes appartient au jury, mais son effet est assez limité ; dans la deuxième elle appartient à la Cour, mais son effet peut être beaucoup plus considérable.

728. — Dans le système de la jurisprudence, la Cour doit d'abord examiner si, dans le cas où l'accusé serait majeur, elle n'abaisserait la peine que d'un degré, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, ou si elle userait de l'abaissement facultatif d'un deuxième degré. Mais voilà une question singulièrement embarrassante : comment la résoudre sur une hypothèse? Les circonstances atténuantes ont pour but d'adoucir une peine excessive pour un agent déterminé : mais comment décider *in abstracto* si, en supposant l'accusé majeur, on abaisserait la peine d'un ou de deux degrés, alors qu'on sait qu'il y a par derrière une atténuation légale qui va complètement transformer la

---

(1) Cass., 5 mai 1881, Sirey, 1881. 1. 332. — Cass., 7 avril 1887, *Bulletin*, 1887, n° 135 p.206

(2) M. Villey suppose un crime passible de la peine des travaux forcés à perpétuité.

peine? Ce mode de procéder paraît à l'éminent critique contraire à la logique.

729. — M. Villey invoque ensuite les principes et les textes.

Les principes d'abord : Le but principal des circonstances atténuantes, c'est de permettre de tempérer la pénalité quand elle est excessive : « Il fallait, » dit l'exposé des motifs de la loi de 1832, « trouver un moyen » d'étendre à *toutes les matières* la possibilité d'adoucir les rigueurs de » la loi autrement que par une minutieuse revision des moindres détails. » Pour atteindre ce but, le projet de loi a introduit dans les affaires du » grand criminel la faculté d'atténuation que l'article 463 ouvre pour les » matières correctionnelles. » Si les circonstances atténuantes ont principalement pour but de permettre d'adoucir les peines applicables à chaque accusé, ne faut-il pas que les peines soient préalablement déterminées d'une manière complète et que les circonstances atténuantes fonctionnent en dernier lieu? Incontestablement les juges ont le droit, puisque le législateur a étendu à toutes les matières les circonstances atténuantes, d'appliquer, s'ils le veulent, des circonstances atténuantes parce que l'accusé est mineur, parce qu'ils estiment que la peine qui résulte de la combinaison de l'article 67 avec le texte applicable au fait incriminé est encore excessive dans le cas qu'ils ont à juger. Mais, pour exercer ce droit, ne faut-il pas que la peine soit préalablement déterminée par l'application de l'excuse légale?

730. — M. Villey aurait pu ajouter que, lors de la rédaction de l'article 67, les circonstances atténuantes n'étaient pas possibles en matière criminelle : par conséquent, cet article n'a pas pu viser le cas où elles sont admises.

731. — *En second lieu, les textes* : De la combinaison des articles 58, 67 et 463, il paraît résulter que l'ordre à suivre est le suivant : 1° atténuation de l'âge; 2° aggravation de la récidive; 3° atténuation des circonstances atténuantes. On invoque cependant le texte de l'article 67, « lequel pose pour base de l'atténuation de peine dérivant de la mino- » rité de l'accusé qui agit avec discernement la détermination préalable » de la peine par lui encourue, indépendamment de la qualité de mineur. » On ne saisit pas bien la portée de cet argument. La loi ne pouvait prendre, pour base de l'atténuation, que la peine encourue par le mineur

indépendamment de sa qualité de mineur. Et ce texte, sainement interprété, condamne le système de la jurisprudence; ce texte dit : s'il a encouru telle ou telle peine, il sera condamné à telle ou telle peine. Or, la peine *encourue* par un agent qui commet un crime quelconque, c'est la *peine prononcée par la loi contre le crime*, et non la peine qui peut être appliquée en vertu des circonstances atténuantes. Et c'est ainsi que la loi a toujours été entendue, par exemple, dans l'application de l'article 59 qui punit les complices d'un crime ou d'un délit de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit; cela veut dire de la peine *encourue* par les auteurs du crime ou du délit : en d'autres termes *de la peine prononcée par la loi contre l'infraction*.

732. — En faveur de cette solution, on peut encore invoquer le texte de l'article 463 : « *Dans tous les cas* où la peine de l'emprisonnement et » celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal, si les circons» tances paraissent atténuantes, etc. » L'excuse de la minorité n'est-elle pas précisément un des cas où la peine de l'emprisonnement est prononcée par le Code pénal, et ne résulte-t-il pas de là encore la preuve que l'atténuation des circonstances atténuantes doit suivre, et non précéder, l'atténuation de la minorité?

733. — Le système de la jurisprudence est, en outre, de nature à produire de bizarres conséquences :

1° Si le mineur a commis un crime emportant la peine de mort et que le jury ait accordé des circonstances atténuantes, quelle sera la peine applicable? — Par l'effet des circonstances atténuantes, la peine de mort peut être changée en celle des travaux forcés à perpétuité ou des travaux forcés à temps; mais la peine de mort se convertit, par l'excuse de la minorité, de même que celle des travaux forcés à perpétuité, en une détention de dix à vingt ans : la Cour pourra-t-elle, n'usant que d'un degré d'abaissement, condamner le mineur à une peine supérieure à dix années, ce qui est la moitié des travaux forcés à temps? Si on dit *oui*, — et la Cour de cassation a rendu dans ce sens un arrêt (1), — la déclaration de circonstances atténuantes n'aura produit aucun effet, puisque

(1) Cass., 9 juillet 1841, *Bulletin*, 1841, n° 209, p. 336.

les travaux forcés à perpétuité et la peine de mort sont placés sur la même ligne par l'article 67; si on dit *non*, on viole l'article 463 en obligeant la Cour à user de l'abaissement facultatif d'un second degré.

734. — Voici l'arrêt de la Cour de cassation auquel nous venons de nous référer :

Antoine Chrétien, mineur de seize ans, déclaré coupable, avec admission de circonstances atténuantes, de trois crimes d'incendie volontaire de maisons habitées, avait été condamné à douze années d'emprisonnement. Il se pourvut en cassation et soutint que la Cour avait fait une fausse application de la peine, en ne le faisant pas bénéficier de toute l'atténuation de peine résultant pour lui de l'admission des circonstances atténuantes et de sa minorité de seize ans. Son pourvoi fut rejeté, « attendu que, en déclarant le demandeur, qui avait moins de seize ans, » coupable du crime d'incendie volontaire de maisons habitées, mais » avec des circonstances atténuantes, le jury a aussi déclaré que cet » individu avait agi avec discernement; attendu que, en conséquence de » cette déclaration, le demandeur a été condamné par l'arrêt attaqué à » la peine de 12 ans d'emprisonnement dans une maison de correction, par application des articles 434, 463 et 67 combinés du Code » pénal; attendu que, suivant l'article 434 du Code pénal, le demandeur » avait encouru la peine de mort, mais que, vu la déclaration de l'existence de circonstances atténuantes faite en sa faveur par le jury, cette » peine pouvait être abaissée de deux degrés, c'est-à-dire, à celle des » travaux forcés à temps, mais que la Cour d'assises avait la faculté de » ne l'abaisser que d'un degré, c'est-à-dire, de la réduire seulement à celle des travaux forcés à perpétuité, ainsi qu'elle l'a fait, en » déclarant que, dans les circonstances du procès, le demandeur devait » être condamné aux travaux forcés à perpétuité, si ce n'était que, ayant » moins de seize ans, il y avait lieu de modifier encore la peine à son » égard d'après les dispositions de l'article 67 du Code pénal portant » que, si le mineur a encouru la peine des travaux forcés à perpétuité, » il sera condamné à la peine de dix à vingt ans d'emprisonnement » dans une maison de correction; que, par conséquent, l'arrêt attaqué, » en prononçant contre le demandeur la peine de douze années d'emprisonnement dans une maison de correction, n'a pas excédé les limites

» tracées par l'article 67 du Code pénal et a, au contraire, fait une juste » application des dispositions dudit article, combinées avec celles des » articles 434 et 463 dudit Code. »

735. — 2° Un mineur a commis un crime passible des travaux forcés à temps : s'il est jugé par le tribunal correctionnel, conformément à l'article 68, et que ce tribunal admette l'existence de circonstances atténuantes, la peine pourra descendre jusqu'aux peines de simple police; car, aux termes de l'article 67, la peine des travaux forcés à temps se convertit, par l'effet de la minorité, en un emprisonnement de vingt mois à dix ans et, aux termes de l'article 463, cet emprisonnement peut être réduit au niveau des peines de simple police. Mais, si le mineur est jugé par la Cour d'assises, parce qu'il a des complices majeurs (art. 68), et que le jury déclare en sa faveur des circonstances atténuantes, la peine ne pourra descendre au-dessous de huit mois, le minimum des peines qu'il encourt par l'effet des circonstances atténuantes étant de deux années : est-il possible que la peine varie uniquement d'après la juridiction saisie?

736. — Nous croyons que, sur ce dernier point, M. Villey commet une erreur : que le mineur comparaisse en police correctionnelle ou en Cour d'assises, le minimum devra être de huit mois. En effet, n'oublions pas que l'article 68 *in fine* ordonne aux tribunaux correctionnels *de se conformer aux deux articles ci-dessus*. Or, la Cour de cassation et les partisans de l'opinion que nous combattons basent leur théorie sur la combinaison des articles 67 et 463. Par conséquent, comme les magistrats de la Cour d'assises, les juges correctionnels devront faire agir en premier lieu les circonstances atténuantes, en second lieu, l'excuse de minorité.

737. — Mais voici une conséquence bien plus bizarre encore à laquelle M. Villey n'a pas songé : si la théorie de nos adversaires est exacte, au cas où la peine encourue sera celle du bannissement ou de la dégradation civique, l'excuse de minorité ne pourra pas agir. Remarquons, en effet, que le seul fait de l'admission des circonstances atténuantes oblige la Cour à faire application des dispositions de l'article 401, sans toutefois pouvoir réduire la durée de l'emprisonnement au-dessous d'un an (art. 463, al. 7). Un an d'emprisonnement, c'est aussi

le minimum autorisé par le dernier alinéa de l'article 67. Par suite, la Cour estime-t-elle que l'accusé, majeur, n'eût encouru qu'un an d'emprisonnement, elle ne pourra descendre au-dessous de cette limite, les circonstances atténuantes ayant épuisé tous les degrés d'atténuation. Le mineur sera traité sur le même pied que s'il eût été majeur. Cela, nous le répétons, est bizarre, mais voici qui est absurde :

738. — Admettons, en effet, que la peine applicable soit la réclusion, ou la détention. Ici encore les circonstances atténuantes permettent à la Cour de descendre à une année d'emprisonnement (art. 463, al. 7), et, pour le bénéfice du raisonnement, nous allons supposer qu'elle n'eût infligé à l'accusé, abstraction faite de sa minorité, que cette peine légère. Comment va-t-elle faire jouer l'excuse d'âge? — D'après l'article 67, alinéa 3, si la peine encourue est celle de la détention ou de la réclusion, le minimum applicable est le tiers de cinq années, soit vingt mois d'emprisonnement. Comme la Cour est obligée d'appliquer l'excuse d'âge, il lui faudra élever à vingt mois la peine de cet accusé qui, majeur, n'eût été frappé que de douze mois d'emprisonnement.

739. — Quand un système conduit à de telles conséquences, on peut le condamner sans scrupules.

740. — Nous concluons de cette discussion que le juge doit opérer : 1° la réduction résultant de l'excuse; — 2° la réduction résultant des circonstances atténuantes.

741. — D'ailleurs, les textes eux-mêmes nous disent qu'il doit en être ainsi, au cas où il y a concours de la minorité de seize ans, des circonstances atténuantes et de la récidive.

L'excuse doit passer avant la récidive. Nous appuyons notre affirmation sur les termes de l'article 57 du Code pénal, d'après lequel « quiconque, ayant été condamné pour crime à une peine supérieure à une » année d'emprisonnement, aura, dans un délai de cinq années après » l'expiration de cette peine ou sa prescription, commis un délit ou un » crime qui devra être puni *de la peine de l'emprisonnement*, sera condamné au maximum de la peine portée par la loi... » Le mineur, quelle que soit l'infraction commise par lui, ne sera jamais puni que de peines correctionnelles : c'est de cette peine correctionnelle, obtenue au moyen du jeu de *l'excuse*, qu'on lui appliquera le *maximum*, en vertu de la *récidive*. Or,

l'application de la récidive doit précéder l'application des circonstances atténuantes : par conséquent, l'ordre à suivre sera bien celui-ci :

1° Excuse ;

2° Récidive ;

3° Circonstances atténuantes.

742. — Nous invoquons, enfin, en faveur de notre théorie, un dernier argument qui, celui-là, nous semble péremptoire. La loi du 5 août 1899, dont nous avons déjà parlé, défend d'inscrire au bulletin n° 3 une première condamnation à *un emprisonnement de trois mois ou de moins de trois mois*, prononcée par application *des articles 67, 68 et 69*. La loi reconnait donc expressément la possibilité pour un accusé mineur de seize ans, déclaré coupable d'un crime *avec discernement*, d'être puni d'une peine de trois mois d'emprisonnement ou au-dessous, par application des articles 67 et 68. Mais la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel ne peut descendre à ce degré d'indulgence qu'autant que les circonstances atténuantes agissent après l'excuse de minorité. Dans le cas contraire, en effet, le minimum de peine applicable est de vingt mois d'emprisonnement, au cas des alinéas 2 et 3 de l'article 67, et d'un an, au cas du dernier alinéa du même article. La question, on le voit, est définitivement résolue par la loi du 5 août 1899.

743. — Avant d'aller plus loin, éclaircissons au passage une petite difficulté : l'artible 67 doit-il être appliqué au *parricide* ? Le doute vient de ce que l'article 323 porte que *le parricide n'est jamais excusable :* d'où plusieurs ont conclu à la négative. Mais remarquons bien que cet article 323 semble, par sa position, ne se référer qu'aux articles 321 et 322, lesquels ont trait à l'excuse de provocation et à la légitime défense, circonstances toutes particulières. Or, l'excuse de minorité n'est pas une circonstance particulière, mais une loi générale, fondée sur la nature même des choses et qui domine toute notre législation, une loi à laquelle nulle exception ne peut être faite, parce que la raison qui l'a fait établir s'applique à tous les cas, à toutes les incriminations, et ne comporte aucune exception : considérations qui nous amènent à dire que le mineur de seize ans accusé de parricide, malgré les termes généraux et absolus de l'article 323 du Code pénal, doit bénéficier, à raison de son âge, de l'atténuation de peine portée en l'article 67 du même Code.

744. — Terminons ce chapitre en disant un mot des réparations civiles auxquelles le mineur peut être condamné, *et de la responsabilité civile des père et mère.*

745. — Nous avons vu plus haut que le mineur acquitté comme ayant agi sans discernement ne devrait pas être condamné à des réparations civiles, parce que le fait délictueux ne lui est pas imputable et que le dommage doit être considéré, en quelque sorte, comme émanant du hasard. Mais, quand il est reconnu que l'auteur du crime ou du délit a agi avec discernement, il ne saurait plus être question de hasard, de cas fortuit, d'agent aveugle. Le bon Pothier disait à ce propos : « Dès qu'une » personne a l'usage de sa raison et que l'on aperçoit dans le fait par » lequel elle a causé quelque tort à un autre de la réflexion et de la » malignité, le fait est un délit, et la personne qui l'a commis, quoi » qu'elle n'ait pas atteint l'âge de puberté, contracte l'obligation de » réparer le tort qu'elle a causé (1) »

746. — C'est aussi notre opinion. Ulpien, d'ailleurs, l'avait déjà dit bien longtemps avant Pothier : le mineur qui a agi avec discernement encourt la responsabilité civile : « *Quod si impubes id fecerit, Labeo scri-* » *bit, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum*; *et hoc puto verum, si sit* » *jam injuriae capax* » (2).

747. — L'article 1310 du Code civil déclare, de son côté, que le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit, et l'article 67 du Code pénal met à sa charge une responsabilité pénale en modérant, toutefois, les peines, à cause de l'âge. Cette excuse de l'âge exercera-t-elle une influence sur la fixation du montant des réparations civiles? On ne saurait l'établir en principe, et le mieux, sur ce point, est de s'en référer à la sagesse des magistrats.

748. — Aux termes de l'article 1384 du Code civil, « le père, et la » mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par » leurs enfants mineurs habitant avec eux... à moins qu'ils ne prouvent » qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. »

---

(1) Pothier, *Obligations*, n° 118,
(2) Loi 5 § 2, Dig. : *Ad legem aquiliam*.

— Les père et mère étant chargés de veiller constamment sur leurs enfants, tant qu'ils sont incapables de diriger leurs propres actions, il est juste de les rendre garants du dommage que causent ces derniers, lorsque ce dommage a sa source dans une négligence. — L'ordonnance du 17 mai 1726 défendait aux pères et mères de laisser courir et vaguer leurs enfants dans les rues, à peine de dépens, de dommages-intérêts et d'amende arbitraire. — Aujourd'hui, le fait de laisser ainsi leurs enfants à l'abandon ne constituant ni délit, ni contravention, ne donnerait lieu contre les père et mère qu'à la responsabilité civile.

749. — C'est donc sur un manquement présumé au devoir d'éducation et de surveillance attaché à la puissance paternelle que repose la responsabilité civile des père et mère, pour le fait de leurs enfants mineurs habitant avec eux. Elle peut résulter non seulement de la filiation légitime, mais aussi de la filiation adoptive et encore de la filiation naturelle légalement établie, soit par reconnaissance, soit par possession d'état, si l'on admet qu'elle s'établisse ainsi : mais elle ne saurait être étendue à ceux qui n'ont pas la qualité de père ou de mère légalement reconnue, à l'un de ces divers titres, par exemple, au mari d'une femme dont la fille a eu un enfant naturel, pour le fait de cet enfant naturel, qui lui est légalement étranger, alors même qu'il se serait chargé de la garde ou de la surveillance de cet enfant. (Rouen, 18 nov. 1878, affaire Géziot, Dalloz, 80. 2. 38).

750. — Deux circonstances sont exigées pour que la responsabilité civile des parents soit encourue : il faut que l'enfant soit mineur et qu'il habite avec eux. Les lois spéciales qui ont statué sur la responsabilité du père et de la mère ont reproduit cette condition de la minorité des enfants. Ainsi s'expriment l'article 206 du Code forestier, la loi du 3 mai 1844, sur la chasse, etc.

751. — La responsabilité du père cesse-t-elle par l'émancipation de l'enfant? La question est controversée et les auteurs sont partagés sur la solution à lui donner. Certains d'entre eux admettent l'affirmative restreinte à l'émancipation par mariage : en ce sens, Aubry et Rau, t. V, § 447, notes 3 et 4 ; — Demolombe, *Obligations*, t. VIII, n[os] 577, 578. — D'autres, comme M. Laurent (t. XX, n° 558) et Toulier, condamnent cette distinction et écartent la responsabilité aprés émancipation même

expresse et sans mariage, parce qu'elle aussi fait disparaître la puissance paternelle, son unique motif, et qu'il serait trop rigoureux de reprocher au père, comme une faute, l'émancipation de son fils pour un simple quasi-délit d'imprudence que celui-ci aura commis depuis. — Sans doute, mais le texte de l'article 1384 est formel : l'enfant a beau être émancipé, le père n'en doit pas moins être déclaré civilement responsable, *si son fils habite avec lui*. D'ailleurs, les lois spéciales précitées, sur le régime forestier et sur la chasse, en déchargeant expressément de la responsabilité les pères et mères dont les enfants sont mariés, déclarent par là, implicitement, qu'il n'en est pas ainsi, à l'égard de ceux dont les enfants sont célibataires. — Est-il besoin d'ajouter que la responsabilité cesserait si l'enfant émancipé habitait ailleurs que chez ses parents?

752. — Outre la minorité de l'enfant, une seconde condition exprimée par l'article 1384, pour la responsabilité des père et mère, est qu'il *habite avec eux*. Cette condition peut manquer, lorsque l'enfant est placé soit comme serviteur à gage chez un maître (Crim. Cass., 30 août 1866, Dalloz, 67. 5. 378), soit comme apprenti chez un artisan, soit comme élève chez un instituteur (Nancy, 26 mai 1888 et Civ. Cass. 13 janv. 1890, aff. Perriquet; Dalloz, 90. 1. 145). Le maître, l'artisan, l'instituteur sont alors responsables à la place du père, aux termes de l'article 1384 lui-même.

753. — Bien des questions peuvent se poser à propos de cette deuxième condition. Pour les résoudre il ne faut pas perdre de vue ce principe, à savoir, que l'acte volontaire par lequel le père se met hors de l'article 1384 manque son effet, s'il peut lui être reproché comme une faute personnelle ayant seule rendu possible la faute de l'enfant, comme serait, par exemple, l'état de vagabondage où il l'a laissé.

754. — Il faut restreindre de la même manière l'excuse plus générale tirée de ce que le père, même habitant avec l'enfant, n'a pu empêcher le fait d'où l'on prétend induire sa responsabilité. Ainsi, l'absence ou la maladie du père, au moment où le fait dommageable a été commis par son fils, est ordinairement une excuse suffisante pour mettre sa responsabilité à couvert; mais il en est autrement, si l'on prouve contre lui une faute antérieure de sa part, sans laquelle l'événement ne serait pas arrivé, par exemple, une arme laissée à la portée de l'enfant, une sortie permise à contre-temps, une éducation mauvaise ou négligée, cause

d'habitudes vicieuses qui ont amené le délit, enfin, un relâchement dans la discipline ou la surveillance que réclamait le caractère de l'enfant. La jurisprudence l'entend ainsi. Jugé notamment : 1° Que le père est responsable des faits de son fils mineur habitant avec lui, bien qu'il n'ait pas pu matériellement les empêcher, s'il s'agit de faits de violence ou de débauche ayant leur cause directe dans les mauvaises mœurs qu'il lui a laissé contracter en négligeant son éducation (Aix, 11 juin 1859, aff. M... Dalloz, 59. 2. 195); — 2° que, lorsqu'une enfant âgée de sept ans, demeurant avec ses père et mère, a trouvé à terre une allumette chimique, l'a allumée dans un hangar plein de matières combustibles et l'a jetée imprudemment sur du foin qui s'est enflammé et a causé un incendie, le père ne peut alléguer la nécessité où il avait été de s'éloigner pour ses affaires pendant quelques heures, au moment du sinistre, cette nécessité ne le dispensant pas du devoir de faire surveiller son enfant, à son défaut, et la surveillance incomplète de la mère, qu'il avait laissée seule avec deux petits enfants, pouvant lui être imputée dans une certaine mesure (Rennes, 16 janv. 1862); — 3° que l'enfant qui, cédant à son caractère irascible, blesse une personne par le jet d'une pierre, alors que son père le laissait jouer sans surveillance sur la voie publique, engage la responsabilité de son père qui ne peut, à raison de cette faute, alléguer qu'il n'a pu empêcher le fait commis hors sa présence, ni prouver qu'il a donné à son fils une éducation soignée et de bons exemples (Liège, 19 mars 1870, aff. Knops; Dalloz, 70. 2. 207); — 4° qu'un père n'est pas recevable à alléguer qu'il n'a pu empêcher le crime commis par sa fille mineure vivant dans sa maison, alors qu'il l'y a prédisposée par ses menaces et son animosité sans cesse manifestée contre la famille de la victime (Bourges, 16 déc. 1872, aff. Ragon, Dalloz, 73. 2. 197); — 5° qu'un père est responsable des blessures faites à un camarade par son fils âgé de neuf ans, alors en vacances dans une autre localité chez un parent ou un ami, sans pouvoir invoquer l'excuse tirée de cet éloignement momentané, alors que le caractère vicieux de l'enfant, cause de son délit, révèle une insuffisance dans la répression paternelle, et obligeait, en tout cas, le père à conserver l'enfant sous sa garde (Dijon, 19 fév. 1875, aff. Collet, Dalloz. 76. 2. 70).

CHAPITRE VIII

Récidive

755. — Pour étudier cette question de la récidive, nous allons supposer successivement que le mineur a agi sans discernement et avec discernement.

SECTION I. — Le Mineur a agi sans discernement

756. — En la matière spéciale qui nous occupe, le principe essentiel, nous le savons, est qu'il ne peut y avoir récidive, s'il n'y a pas eu antérieurement une peine prononcée. Peu importe qu'il y ait eu crime ou délit : les termes des articles 56, 57 et 58 sont absolument formels : ils exigent comme premier terme une peine.

757. — Nous avons vu que le mineur qui a agi sans discernement ne peut être l'objet d'aucune peine. La détention que les juges ont la faculté de lui infliger n'a qu'un caractère d'éducation : d'où il appert que cette détention ne constituera, en aucun cas, le premier terme de la récidive et que le mineur acquitté comme ayant agi sans discernement ne peut pas être considéré comme récidiviste, s'il vient à commettre une infraction nouvelle : il serait puéril d'insister. En ce sens : Cour de Paris, 3 décembre 1830; — Cour de Montpellier, 6 juin 1848 (1).

---

(1) Paris, 3 décembre 1830, Dalloz, *Rép alph.*, V° Peine, n° 258, note 2.
Montpellier, 6 juin 1848, Dalloz, 1848. 2. 117.



758. — La décision qui, au cas de non-discernement, prononce l'acquittement du mineur ne s'oppose pas, alors même qu'elle l'aurait renvoyé en correction, à ce qu'il lui soit fait application de la loi Bérenger, s'il vient postérieurement à commettre une infraction nouvelle.

Section II. — Le Mineur a agi avec discernement

759. — Mais, lorsqu'il s'agit d'un mineur ayant agi avec discernement, nous savons que l'internement édicté contre lui par l'article 67 constitue une véritable peine. Eh bien, si ce mineur, frappé déjà par la justice des peines de l'article 67, vient à commettre un nouveau crime, faudra-t-il lui appliquer l'aggravation de peine résultant de la récidive? — Sera-t-il un récidiviste?

760. — A ce point de vue, il nous faut envisager trois époques distinctes : 1° de 1810 à 1824; 2° de 1824 à 1832; 3° depuis 1832

§ Ier. — De 1810 à 1824

761. — L'ancien article 56 commançait par ces mots : « Quiconque, » ayant été condamné *pour crime*, aura commis un second crime..... » Tout accusé qui, antérieurement, avait commis un crime était donc en état de récidive. Dès lors, que fallait-il décider, lorsque le premier crime, — et c'est toujours le cas pour le mineur de seize ans, — n'avait été puni que de peines correctionnelles?

762. — La Cour de cassation fut appelée plusieurs fois à décider la question de savoir si un mineur, condamné une première fois pour crime aux peines édictées par l'article 67 et arrêté postérieurement pour crime, était en état de récidive. Et la Cour de cassation répondait, en s'appuyant sur le texte de l'article 56, que l'aggravation de la récidive lui était applicable, par le seul fait qu'il avait été condamné *pour crime*. Elle ne s'en tenait qu'à la qualification du fait, sans s'inquiéter si la législation appliquée était générale ou spéciale, si la juridiction était exceptionnelle ou

commune. Les arrêts de Cour d'assises contraires à cette doctrine étaient invariablement cassés.

763. — On attaqua cette jurisprudence ; on déclarait irrationnel d'assimiler des mineurs punis de peines correctionnelles à des majeurs frappés de peines criminelles. Cette jurisprudence, disait-on, a, de plus, le grand tort de fausser le sens des articles 56, 57 et 58. Sans doute, le Code de 1810 s'est contenté d'indiquer, comme premier terme de la récidive, une condamnation pour crime sans parler de peine ; mais il est évident qu'il a entendu parler de crimes punis de peines afflictives et infamantes, puisque tous les crimes sont frappés de peines semblables, — sauf les crimes commis par les mineurs.

764. — Ces critiques ne touchèrent pas la Cour de cassation qui continua, avec raison, selon nous, à s'en tenir à la lettre de l'article 56, d'après lequel la qualification était tout, sans que l'on eût à s'inquiéter de la peine encourue. Théoriquement, d'ailleurs, c'était la manière de voir la plus juste, car ce n'est pas parce que, à raison de l'âge, la loi ne prononce qu'une peine correctionnelle que le crime cessera d'être crime. Crime il a été commis, crime il reste, en dépit des atténuations de peine.

§ II. — De 1824 à 1832.

765. — Survint la loi du 25 juin 1824 disposant, dans son article premier, que les individus âgés de moins de seize ans, qui n'auraient pas de complices au-dessus de cet âge et seraient prévenus de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, de la déportation ou des travaux forcés à perpétuité seraient jugés par les tribunaux correctionnels, qui se conformeraient aux articles 66 et 67 du Code pénal.

766. — Lorsque cette loi eût été mise en vigueur, on se posa encore la question de savoir si les mineurs de seize ans condamnés pour crimes à un emprisonnement correctionnel, par le tribunal correctionnel, étaient en état de récidive, lorsque, postérieurement à cette première condamnation, ils se rendaient coupables d'un nouveau crime. Les principes admis jusque-là par la Cour de cassation commandaient l'affirmative, puisque ces mineurs avaient été précédemment condamnés pour crime.

La loi de 1824 n'avait pas eu pour but de transformer un crime en délit, mais uniquement de soustraire, en certains cas, le mineur de seize ans à la honte de la Cour d'assises.

767. — La Cour de cassation n'en abandonna pas moins sa jurisprudence pour innover une doctrine qui violait du même coup et l'article 56 et la loi de 1824 : elle considéra, en effet, comme rentrés dans la catégorie des délits, les crimes réservés par la loi aux tribunaux correctionnels et refusa, par conséquent, d'appliquer les peines de la récidive aux mineurs de seize ans condamnés précédemment pour crime par les tribunaux correctionnels à un emprisonnement correctionnel.

C'était une profonde erreur juridique ; nous ne l'approfondirons pas ici, pour ne pas revenir sur la longue discussion à laquelle nous nous sommes livré plus haut.

§ III. — Depuis 1832.

768. — La loi du 28 avril 1832 a donné une rédaction nouvelle de l'article 56; elle ne s'attache plus, pour déterminer s'il y a récidive, à la *qualification du fait*, mais à la *nature de la peine;* il ne suffit plus maintenant qu'un accusé ait été condamné pour crime, il faut que la peine infligée ait été *afflictive ou infamante*. Cette rédaction nouvelle tranche la question relative au mineur : en conséquence, depuis 1832, le mineur de seize ans condamné pour crime à un emprisonnement correctionnel n'est pas soumis à l'aggravation de l'article 56 du Code, s'il vient à commettre plus tard un second crime. La récidive de crime à crime ne peut donc pas exister, lorsque le premier crime a été commis à un moment où le coupable n'avait pas seize ans.

769. — Mais la récidive de crime à délit et de délit à délit existe à l'égard du mineur de seize ans : il est à peine besoin de le faire remarquer, en présence des termes des articles 57 et 58.

770. — Le crime excusé peut-il fournir le premier et le second terme de la petite récidive correctionnelle créée par la loi du 26 mars 1891 ? — Cela dépend de la nature juridique qu'on reconnait au crime excusé. Si on en fait un délit, il ne faut pas hésiter à punir la petite récidive de

crime excusé à crime excusé; mais, bien entendu, pour observer la règle de la spécialité, on doit exiger que le second terme de cette récidive soit le même crime excusé. La provocation, par exemple, est une excuse commune à la castration et au meurtre; mais les deux crimes diffèrent après comme avant l'admission de l'excuse. Il ne pourra donc pas y avoir récidive punissable de meurtre excusé à castration excusée.

Pour nous, le crime excusé ne peut fournir que les deux termes de la grande récidive correctionnelle, ou l'un d'eux, puisque nous avons soutenu que le crime excusé est et demeure un véritable crime.

771. — Une récidive qui doit nous arrêter davantage est celle établie par la loi du 27 mai 1885. Cette loi, en effet, a introduit dans notre législation la peine de la relégation et nous devons nous demander quelle influence l'âge des individus exerce sur cette peine. L'article 6 nous renseigne à ce sujet : il dispose que « la relégation n'est pas applicable » aux individus qui seront âgés de plus de soixante ans ou *de moins de* » *vingt et un ans* à l'expiration de leur peine. » Voici ce que M. de Verninac disait au Sénat, à propos de cette décision : « Il a paru juste de » ne pas appliquer cette peine à ceux qui, à raison de leur jeunesse et » malgré les fautes commises, peuvent n'être pas considérés comme des » récidivistes incurables. » Et, en effet, lorsqu'on se trouve en présence d'un homme qui est à peine au seuil de la vie, il y a lieu d'espérer, alors même qu'il vient de commettre des délits ou des crimes, alors même qu'il a déjà subi des condamnations, qu'il fera un retour vers le bien.

772. — Il ressort du rapport de M. de Verninac, que le législateur, en affranchissant les mineurs de la relégation, a obéi encore à des sentiments d'humanité, voulant leur éviter les fatigues d'une longue traversée « et les dangers d'un climat nouveau que, à raison de leur âge » trop tendre, ils supporteraient moins facilement » (1).

773. — C'est pour ce double motif qu'il a établi la limite de vingt et un ans, limite qui ne se trouve pas d'ordinaire dans nos lois pénales. Néanmoins, comme, parmi ces mineurs qu'on ne relègue pas, il y a des malfaiteurs qui ont fait leurs preuves et peuvent être dangereux, le légis-

(1) De Verninac, *Rapport au Sénat,* Dalloz, 1885. 4. 52, article 6, note 2.

lateur a cru bon de prendre certaines mesures de précaution. Aussi a-t-il établi, dans l'article 8, que « celui qui aurait encouru la relégation, par » application de l'article 4 de la présente loi, s'il est mineur de vingt et » un ans, sera, après l'expiration de sa peine, retenu dans une maison de » correction jusqu'à sa majorité. » Entre cette détention et celle résultant de l'article 66 existent les différences que voici :

1° L'envoi dans une maison de correction qui a lieu en vertu de l'article 8 de la loi du 27 mai 1885 est une conséquence nécessaire de la condamnation, en ce sens, que le juge ne peut en dispenser le condamné;

2° Celui qui y est soumis peut avoir eu plus de seize ans au moment de l'action;

3° Il est *retenu*, et il l'est nécessairement, jusqu'à sa majorité; tandis que la loi du 5 août 1850 (art. 9) permet aux jeunes détenus d'être placés provisoirement hors de la colonie, et que l'article 66 du Code pénal n'autorise la détention du mineur dans une maison de correction que jusqu'à vingt ans seulement.

774. — Les cas d'application de cet article 8 sont assez rares; cependant, ils se présentent encore quelquefois, et, pour notre part, nous en avons vu plusieurs exemples.

775. — Il résulte, comme nous venons de le voir, du texte de l'article 6 précité que, au point de vue de la relégation, le sort du prévenu récidiviste dépend de son âge à l'expiration de sa peine. C'est l'âge précis du condamné, à l'expiration de sa peine, qui fixe la catégorie à laquelle celui-ci doit appartenir. Donc, pour déterminer si, oui ou non, la relégation peut être appliquée, le juge doit prendre l'époque de la libération de la peine; il ajoute à l'âge actuel du mineur la durée de la peine corporelle qu'il inflige et il évite de prononcer la relégation, toutes les fois que l'addition donne moins de vingt et un ans. — Jugé, dans ce sens, que, les condamnés dont la peine doit expirer avant l'époque de leur majorité étant affranchis de la relégation, il suffit, pour que cette peine accessoire s'attache à leur nouvelle condamnation, lorsqu'ils se trouvent dans les conditions de l'article 4, que la peine prononcée à raison de la dernière infraction ne doive expirer qu'après leur majorité accomplie (Crim., rej., 29 déc. 1892, affaire Aveline et Hébert : *Bull. crim.*, n° 348).

776. — Puisque le mineur ne peut être condamné à la relégation

qu'autant qu'il aura vingt et un ans accomplis à l'expiration de sa peine, il faut nécessairement que l'arrêt de condamnation constate expressément cette circonstance. La Cour de cassation a jugé que l'arrêt qui, après avoir énoncé que le prévenu est âgé de vingt ans, ne constate pas que, condamné à la relégation, il aura vingt et un ans accomplis, à l'expiration de la peine d'emprisonnement prononcée contre lui, doit être annulé, comme manquant de base légale et de motifs (Crim. cass., 26 sept. 1889, affaire Hamou-ben-Saïd, *Bull. crim.*, n° 307).

777. — L'application de la règle suivant laquelle c'est l'âge précis du prévenu *à l'expiration de la peine* qui détermine si ce prévenu doit être, ou non, frappé de la relégation comporte plusieurs observations.

778. — *En premier lieu*, pour déterminer la date de la libération, le juge doit exclusivement se préoccuper de la durée qu'il attribue à la peine privative de la liberté qu'il prononce; il ne peut pas savoir, en effet, à l'avance quelle sera la durée *effective* de la peine subie. Si donc, par suite d'une mesure gracieuse, ou parce qu'elle est subie en cellule, la peine arrive à l'expiration avant que le condamné ait dépassé vingt et un ans, y aura-t-il lieu pour l'administration d'appliquer la relégation au libéré? Evidemment oui !

779. — Le sens de la disposition contenue dans le premier alinéa de l'article 6 a été précisé, dans la séance du Sénat du 10 février 1885, par une déclaration du commissaire du Gouvernement : « il est bien entendu, » a dit M. Herbette, préalablement au vote de l'article, « que voici le sens » de cette disposition : lorsqu'un individu sera frappé d'une peine qui, » jointe aux peines précédemment encourues, entraînerait la relégation, » si la durée de cette dernière condamnation est telle qu'elle doive expi- » rer avant que l'individu ait atteint l'âge de vingt et un ans, la reléga- » tion ne sera pas prononcée par le tribunal ou la Cour. »

780. — Mais le tribunal ou la Cour doivent-ils tenir compte, dans leur calcul, de l'éventualité d'une libération anticipée, résultant de ce que la peine aura été subie en cellule? — Encore une fois, non.

On sait que la loi du 5 juin 1875 réduit d'un quart la durée de toute peine d'emprisonnement subie en cellule. Cette abréviation de la peine est susceptible de produire un double effet, selon que le condamné est mineur de vingt et un ans ou âgé de près de soixante ans : le premier peut,

ayant subi sa peine en cellule, la voir finir avant qu'il ait atteint sa majorité, tandis que les juges, en prononçant la peine, avaient calculé qu'elle ne serait pas entièrement subie avant la majorité du condamné et avaient, par conséquent, ordonné la relégation.

781. — A l'inverse, les juges auront appliqué à un homme d'un âge voisin de soixante ans une peine qui, subie intégralement, devait ne prendre fin qu'après que le condamné aurait atteint les soixante ans, et, par conséquent, la relégation n'aura pas été prononcée. Mais la peine, étant subie suivant le mode cellulaire, est abrégée d'un quart et elle se termine avant que les soixante ans aient été atteints.

Quel sera l'effet de ces modifications apportées, par l'application de la loi de 1875, aux conséquences prévues du jugement ou de l'arrêt?

782. — Nous pensons tout d'abord que le juge n'a pas à se préoccuper du mode d'exécution de la peine prononcée par lui. Il appartiendrait à l'autorité administrative de veiller a ce qu'il y eut équivalence absolue entre la peine prononcée et la peine subie, tant au point de vue des mesures consécutives à la peine, qu'au point de vue de la répression proprement dite.

783. — Mais nous croyons que le pouvoir exécutif lui-même n'aura pas à se demander qu'elle influence l'abréviation résultant de l'emprisonnement individuel doit exercer, en ce qui concerne la relégation. En effet, quelle est la base du système pénitentiaire édicté par la loi de 1875? C'est cette présomption que l'emprisonnement cellulaire punit plus énergiquement et aussi moralise plus rapidement que l'emprisonnement en commun. Sur quelle présomption, d'autre part, est fondée l'immunité relative de l'adolescent et du vieillard? — Sur celle de leur faiblesse. Or, d'une part, le jeune homme de moins de vingt et un ans qui a subi l'emprisonnement cellulaire pendant trois mois, par exemple, a été, en vertu de la présomption même créée par la loi de 1875, soumis à une épreuve aussi déprimante que l'aurait été pour lui l'emprisonnement en commun pendant quatre mois. Ayant été jugé capable d'y résister, il ne saurait invoquer sa débilité pour être dispensé de la relégation qui lui avait été infligée dans l'hypothèse que, au lieu de subir trois mois de prison cellulaire, il subirait quatre mois de prison ordinaire.

784. — *En second lieu*, dans le calcul de la durée de la peine, quel

doit être le point de départ? En d'autres termes, pour calculer la date de la libération, à partir de quel moment le juge doit-il compter la durée de la peine qu'il prononce? Est-ce du jour où le juge prononce la relégation? est-ce le moment où commencera en fait l'exécution de la peine, ou bien le moment où, la condamnation étant devenue irrévocable, l'exécution sera possible? Ces deux dernières solutions sont, suivant nous, à écarter, parce qu'il est impossible de prévoir la date exacte de l'un ou de l'autre de ces deux événements. Or, comme le dit très bien M. Laborde (n° 455 de son *Cours de Droit criminel*), il est évident que, en imposant un calcul au juge, le législateur n'a pas voulu le charger de résoudre un problème insoluble. Il faut donc se rattacher au jour même où le juge prononce la relégation; on rend ainsi cette peine indépendante de l'exercice des voies de recours, c'est-à-dire qu'on l'empêche d'être à la discrétion du ministère public ou du prévenu. Voici, en effet, le danger à craindre dans les deux premiers systèmes : un prévenu, âgé de vingt ans, a été condamné à onze mois d'emprisonnement et affranchi, en conséquence, de la relégation. Il dépendrait du ministère public, en faisant appel, d'obliger la Cour qui rendrait son arrêt *un mois après le jugement* à prononcer la relégation ou à abaisser la peine sans autre motif que celui de ne pas modifier la situation qu'avait le prévenu en première instance. — A l'inverse, si un prévenu, âgé de cinquante-neuf ans, était condamné à onze mois d'emprisonnement et à la relégation, il lui suffirait de faire appel, pour obliger la Cour, statuant *après le même délai*, à l'affranchir de la relégation. M. Garraud qui avait combattu ce système s'y est aujourd'hui rallié (*Dr. pén.*, II, 202. — *Précis*, 5e édition, 318).

785. — Il peut se faire, *en troisième lieu*, que le récidiviste subisse déjà une peine, au moment où sera prononcée la condamnation qui doit entraîner la relégation; dans ce cas, le juge, pour calculer la date de la libération et savoir si elle tombe avant vingt et un ans, ou après soixante ans, devra ne pas omettre le solde qui reste à subir de la peine en cours. En effet, ce n'est qu'à l'expiration de la peine actuellement subie que commencera à courir la nouvelle peine; or, aux termes de l'article 12, la relégation ne doit être appliquée qu'à l'expiration de la dernière peine à subir par le condamné.

786. — Constatons, en terminant cette matière de l'influence de l'âge

sur l'application de la peine de la relégation : 1° que, si les condamnations encourues par le mineur de vingt et un ans, quelques nombreuses qu'elles soient, ne peuvent lui faire encourir la relégation (art. 6, al. 1), elles comptent cependant pour l'application de cette peine, si, après sa majorité, il encourt une ou plusieurs condamnations nouvelles (même art., al. 2); — 2° que la disposition de l'article 11 de la loi du 27 mai 1885 qui prescrit, à peine de nullité, la nomination d'office d'un défenseur au prévenu passible de la relégation doit être étendue, par analogie de motifs, au cas où cette peine est remplacée, suivant les termes des articles 6 et 8 de cette loi, soit par l'interdiction perpétuelle de séjour, soit par la mise en correction, à raison de l'âge du prévenu (Crim., cass. 25 mars 1887, *Bull. crim.*, n° 115); — 3° qu'il a été jugé, avec raison, que la condamnation prononcée contre un individu majeur entraîne la relégation, bien qu'elle corresponde à une infraction commise pendant la minorité (Crim. rej., 26 mars 1891, affaire Harel, Dalloz, 91. 1. 400).

787. — La loi des 19-21 avril 1898 a-t-elle modifié l'article 8 de la loi du 27 mai 1885? en d'autres termes, le tribunal ou la Cour, au lieu de prononcer l'internement dans une maison de correction, après l'expiration de la peine principale infligée au mineur, peuvent-ils ordonner que ce mineur sera remis à une institution de bienfaisance? L'esprit de la loi nouvelle et les termes généraux dans lesquels est formulé l'article 5 nous portent à résoudre la question dans le sens de l'affirmative.

788. — Notons, en terminant ce chapitre, que la condamnation prononcée contre un mineur s'oppose à ce qu'il lui soit fait application du sursis de la loi Bérenger, s'il vient à commettre un nouveau délit.

CHAPITRE IX

Exécution de la Sentence

Section I. — **Avant 1850**

789. — Nous avons pris le mineur au moment même où il venait de commettre son crime, nous avons discuté sa responsabilité, nous l'avons accompagné devant les diverses juridictions, en faisant connaître l'influence de l'âge sur la compétence et l'application de la peine. Nous nous trouvons maintenant en présence du mineur jugé conformément, *ou contrairement*, aux principes exposés plus haut. Nous allons voir comment s'exécute la sentence rendue à son sujet : ce n'est pas le point le moins intéressant.

790. — D'après l'article 66 du Code pénal, les mineurs de seize ans, acquittés comme ayant agi sans discernement, s'ils ne sont pas remis à leurs parents, sont conduits dans une maison de correction.

791. — C'est aussi dans une maison de correction que sont emprisonnés (art. 67) les mineurs qui ont agi avec discernement.

792. — C'est donc dans des maisons de correction que seront enfermées les deux catégories de mineurs. Les articles 66 et 67, qui reproduisent d'ailleurs sur ce point les dispositions du Code de 1791, sont rédigés dans le même style : « L'accusé *sera conduit*, ou *sera condamné* » à la peine de... dans une maison de correction. » Mais il y a là une faute, car la distinction s'impose entre les acquittés et les condamnés : « Il n'est ni convenable, ni d'un bon effet moral sur le public de réunir » les sujets acquittés et les sujets condamnés et de les soumettre au

» même traitement. En supposant que ce traitement soit ce qu'il y a de » mieux pour les uns comme pour les autres, il suffit qu'il n'ait pas le » même caractère pénal pour qu'il ne doive pas être subi dans les mêmes » établissements » (1).

793. — Les dispositions des articles 66 et 67 du Code pénal demeurèrent longtemps lettre morte, car, pas plus en 1810 qu'en 1791, il n'existait des maisons spéciales de correction et, par conséquent, c'est dans les maisons d'arrêt ou les maisons centrales que les mineurs subissaient leur internement, confondus avec la masse des autres détenus. L'administration des prisons faisait bien les plus louables efforts pour donner satisfaction aux prescriptions de la loi (2). Mais elle se heurtait à la résistance des départements qui, propriétaires des bâtiments des maisons d'arrêt, se refusaient à toute modification, à toute amélioration pouvant entraîner pour eux une dépense nouvelle.

794. — Les maisons d'arrêt contenaient donc :

1° Les mineurs détenus par voie de correction paternelle pour six mois au plus, conformément aux articles 376 et 377 du Code civil;

2° Les enfants au-dessous de l'âge de seize ans, en état de détention préventive, attendant leur comparution soit devant les tribunaux correctionnels, soit devant les Cours d'assises;

3° Les enfants condamnés à une peine n'excédant pas une année par application des articles 67 et 69 du Code pénal.

795. — Même confusion dans les maisons centrales qui recevaient :

1° Les enfants au-dessous de seize ans, acquittés comme ayant agi sans discernement, mais non remis à leurs parents et renvoyés, en vertu de l'article 66 du Code pénal, dans une maison de correction pour y être détenus et élevés pendant un certain nombre d'années;

2° Les enfants au-dessous de seize ans, condamnés comme ayant agi avec discernement, lorsque la peine prononcée contre eux était supérieure à une année (3).

(1) Tissot, *Droit pénal et réforme pénitentiaire*, p. 465,

(2) Il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à lire le règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1811; Dalloz, *Rép. alph.*, V° Prisons, p. 1003; voir notamment les articles 108 et 109.

(3) Voir *Rapport sur les jeunes détenus*, par M. F. Voisin. Ce rapport forme le huitième et dernier volume des *Publications de la Commission d'enquête parlementaire*.

796. — Mais les prisons centrales appartenaient à l'État; il fut possible d'y introduire quelques améliorations, sans avoir à redouter l'opposition des départements. Aussi, des quartiers correctionnels, spécialement affectés aux jeunes détenus, furent-ils créés dans ces établissements :

1° En 1824, à Strasbourg;

2° En 1826, à Rouen;

3° En 1833, à Lyon;

4° En 1835, à Toulouse;

5° En 1836, à Carcassonne, puis, à Paris, Amiens et Besançon. Ces améliorations ne remplissaient pas, il s'en faut, le vœu de la loi, qui parle, non point de quartiers dans des maisons centrales, mais de maisons spécialement créées et exclusivement réservées aux enfants, où l'on puisse les relever à leurs propres yeux et faciliter leur retour au bien, grâce à une discipline bien entendue, à une éducation intellectuelle et morale soigneusement dirigée.

797. — C'est l'initiative privée qui fit faire à la question de la réforme pénitentiaire appliquée aux mineurs les plus grands progrès. Mentionnons, comme premier essai, l'établissement créé en 1817, rue des Grès, par M. l'abbé Arnoux. Cet établissement était consacré à l'éducation correctionnelle d'un certain nombre de jeunes détenus, choisis dans les prisons de la Seine, parmi les moins mauvais sujets. Il disparut après la révolution de 1830, et les enfants qu'il contenait furent répartis en 1831 et 1836 entre le quartier des Madelonnettes et le pénitentier de la Roquette, par les soins de M. Vivien, alors préfet de police.

798. — La Petite-Roquette, que nous venons de nommer, commencée en 1827, était, à l'origine, destinée à servir de prison aux femmes. Sous l'impulsion des nombreux partisans que ralliait en France le système de l'isolement individuel, récemment importé d'Amérique, elle avait été aménagée selon le système Auburnien, c'est-à-dire, pour l'emprisonnement cellulaire de nuit et le travail en commun pendant le jour.

799. — Mais, sous la pression de l'opinion publique, que préoccupait à cette époque la question de l'enfance coupable, on demanda l'affectation de la nouvelle prison aux jeunes détenus. Ce vœu fut réalisé le 11 septembre 1836, sur l'initiative du préfet de police, M. Delessert, et

malgré M. de Tocqueville, qui était opposé à l'application du système cellulaire à des enfants.

800. — M. Delessert voulait faire de la Petite-Roquette un pénitentier modèle : nourriture saine et abondante, instruction intellectuelle et professionnelle, éducation religieuse et morale, tout devait être donné aux pensionnaires pour arriver à éveiller ou à rallumer en eux l'idée et la volonté du bien.

801. — La disgrâce de M. Delessert, en 1848, commença la ruine de la Petite-Roquette et la loi de 1850 la précipita, en prescrivant, d'une manière exclusive et formelle, les occupations agricoles et le travail en commun.

802. — Plus durable devait être la fondation de Mettray (Indre-et-Loire), colonie dont la réputation est aujourd'hui européenne. Elle a été fondée en 1839 par MM. de Metz et de Courteille, qui se sont consacrés à cette œuvre esprit, corps et biens. Leur système d'éducation était tout entier contenu dans cette idée : « Rappeler le plus possible à l'enfant la » famille absente. » Dans ce but, la colonie est divisée en plusieurs groupes, auxquels M. de Metz a donné le nom de *familles;* et chacun de ces groupes, confié à la garde d'un surveillant éprouvé, qui se nomme le *père de famille*, a une existence propre et individuelle. — Comme système de travail, les fondateurs voulaient « l'amendement de l'enfant par » la terre et de la terre par l'enfant. » C'est la théorie reprise plus tard par M. Ch. Lucas et mise en pratique par lui au Val-d'Yèvre, en 1847.

803. — Les jeunes détenus vivent donc en commun et sont soumis au travail des champs, à la différence de ce qui avait lieu à la Roquette. M. Voisin, dans son très remarquable rapport sur les jeunes détenus, présenté à la suite de l'enquête de 1872, fait très bien ressortir cette différence entre l'œuvre de M. Delessert et l'œuvre de M. de Metz : « Ces » deux noms, » dit-il, « sont justement célèbres dans l'histoire de l'édu» cation correctionnelle des jeunes détenus, bien que répondant à deux » théories pénitentiaires bien distinctes, entièrement opposées l'une à » l'autre. La pensée qui avait présidé à leur création était évidemment » la même : c'était l'intérêt seul des enfants qui avait inspiré M. Deles» sert, d'une part, et M. de Metz, d'autre part. Mais quelle différence pro» fonde dans le choix des moyens pour arriver au but commun ! A la

» Roquette, les jeunes détenus étaient soumis à l'emprisonnement de
» jour et de nuit; à Mettray, c'était, au contraire, la vie en commun qui
» leur était réservée. A la Roquette, ils se livraient à des travaux indus-
» triels; à Mettray, les travaux agricoles étaient seuls en honneur. »

804. — De 1830 à 1850, bien d'autres établissements publics ou privés furent fondés sous la poussée de l'opinion publique. Signalons :

1° Comme colonies privées :

En 1835, établissement d'Oulins, fondé par M. l'abbé Rey;

En 1839, maison correctionnelle de Bordeaux, fondée par M. l'abbé Dupuich;

En 1839, maison correctionnelle de Marseille, fondée par M. l'abbé Fihiaux;

En 1843, le Petit-Quévilly (Seine-Inférieure);

En 1843, Saint-Hilan (Côtes-du-Nord);

En 1843, Sainte-Foy (Dordogne);

En 1847, colonie du Val-d'Yèvre (Cher), fondée par M. Ch. Lucas : devenue, en octobre 1871, propriété de l'État;

En 1848, colonie de Citeaux, fondée par M. l'abbé Rey et dirigée par les Frères de Saint-Joseph.

A citer encore, les colonies de Nancy et de Fomtgombault (Indre), cette dernière dirigée par les Trappistes;

2° Comme colonies publiques :

En 1842, Fontevrault;

En 1843, Clairvaux;

En 1844, Loos;

En 1845, Gaillon.

Ces colonies n'existent plus (1).

Section II. — **Depuis 1850**

805. — Le progrès le plus considérable en ces matières a été réalisé par la loi du 5 août 1850, à laquelle nous arrivons maintenant et qui a

(1) Voir le rapport de M. Voisin, p. 18 et 19. — *Statistique générale des prisons et établissements pénitentiaires*, 1875, p. 132, tableau 1.



pour titre : *Loi sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus*. La pensée qui se dégage de la loi de 1850 est tout entière résumée dans ce passage du rapport de M. Corne : « Venir en aide à de pauvres enfants » délaissés et entraînés dans de premiers écarts, les préparer à rentrer » dans la vie, débarrassés des mauvaises impressions et des vices qui » ont failli les perdre, rendre à la société d'honnêtes et paisibles ouvriers » de l'agriculture, au lieu de jeter dans les carrefours de nos grandes » villes de jeunes êtres pervertis et prêts à toute espèce de guerre contre » les lois et la société : cela rentrait essentiellement dans le cercle de » l'assistance et de la prévoyance publiques. »

806. — Dans ce but, l'article premier dispose d'une façon générale que « les mineurs des deux sexes recevront, soit pendant leur détention » préventive, soit pendant leur séjour dans des établissements péniten- » tiaires, une éducation morale, religieuse et professionnelle. »

807. — Les articles 3, 10 et 16 sont consacrés à la création de ces établissements spéciaux : d'après les dispositions de la loi, ils sont de quatre sortes :

1° Les maisons d'arrêt ou de justice, avec un quartier distinct pour les jeunes garçons condamnés à un emprisonnement de six mois ou au-dessous (art. 2 et arg. *a contrario* de l'art. 4). Avec eux seront placés les jeunes prévenus ou accusés et les jeunes détenus par voie de correction paternelle ;

2° Les colonies pénitentiaires destinées à recevoir les mineurs acquittés comme ayant agi sans discernement et les mineurs condamnés à un emprisonnement de plus de six mois, mais n'excédant pas deux ans, (art. 3 et 4) ;

3° Les colonies correctionnelles (art. 10, al. 1) destinées à recevoir les mineurs condamnés à plus de deux ans d'emprisonnement et les jeunes détenus des colonies pénitentiaires qui auront été déclarés insubordonnés (art. 10, al. 2 et 3) ;

4° Les maisons pénitentiaires destinées à recevoir toutes les jeunes filles détenues, sans distinction de catégories (art. 16).

808. — Les dispositions de la loi de 1850 n'ont pas été de tous points exécutées, parce que la fondation de ces divers établissements exigeait du temps et surtout des fonds qui n'ont jamais été votés. Toutefois, l'admi-

nistration a continué à poursuivre graduellement, d'année en année, l'entier accomplissement de la loi. Aujourd'hui, la population des jeunes garçons détenus est répartie, en fait, en trois catégories.

809. — *Première catégorie.* — On place dans les maisons d'arrêt ou de justice : 1° les jeunes détenus, incarcérés par voie d'autorité paternelle; — 2° les prévenus de délits; — 3° les accusés de crimes; — 4° les condamnés à six mois, au maximum d'emprisonnement.

Presque partout des quartiers spéciaux ont été construits pour renfermer les jeunes détenus de cette première catégorie. A Paris, la Petite-Roquette leur est spécialement affectée.

Les jeunes détenus de cette première catégorie doivent être mis en cellule individuelle, ce qui n'a guère d'inconvénients, car ils ne sont enfermés que pour une courte durée.

810. — *Deuxième catégorie.* — On place dans les *colonies pénitentiaires :* 1° les mineurs acquittés, mais envoyés en correction; — 2° les condamnés de six mois à deux ans d'emprisonnement. — Théoriquement, toutefois, il y a une différence entre ces deux classes de mineurs. D'après l'article 3, en effet, les premiers sont élevés en commun, sous une discipline sévère, et appliqués aux travaux agricoles, tandis que, d'après l'article 4, les seconds doivent être, pendant les trois premiers mois, enfermés dans un quartier distinct et appliqués à des travaux sédentaires. A l'expiration de ce terme, le directeur peut, en raison de leur bonne conduite, les admettre aux travaux agricoles de la colonie. Mais cette dernière disposition n'est pas appliquée : « Il n'y a pas dans » une seule colonie pénitentiaire, un seul quartier distinct de ce genre, » dit M. Voisin dans son rapport.

811. — Durant les premiers temps qui suivirent la loi de 1850, on envoyait à la Petite-Roquette les jeunes détenus de la seconde catégorie, comme ceux de la première. Nous ne parlons, bien entendu, que de ceux qui étaient jugés dans le département de la Seine. Mais c'était une violation flagrante de l'article 3 de la loi de 1850 qui prescrit, pour les mineurs qui nous occupent, la vie en commun dans des colonies pénitentiaires.

812. — Or, nous savons que, à la Petite-Roquette, on appliquait le système de l'isolement individuel. Il résultait de là, entre les auteurs

d une même faute, une différence de régime difficile à justifier. Quelques esprits en furent frappés et, en 1854, le fils du rapporteur de la loi de 1850, M. Corne, dans une brochure très vive, demanda ce qu'on avait fait de cette loi paternelle et rappela le Gouvernement à l'exécution des règles qu'elle prescrivait. Un député, M. Jules Simon, lut le livre et, non moins frappé que son auteur, interpella avec éloquence le ministre de l'intérieur. Le Gouvernement avoua son tort, mais se retrancha derrière des considérations budgétaires, en vertu desquelles on ne pouvait appliquer la loi de 1850. Néanmoins ce discours de M. Jules Simon émut le public et une commission, ayant à sa tête Sa Majesté l'Impératrice, fut nommée pour faire une enquête. L'Impératrice visita la Petite-Roquette et donna raison à l'opinion publique.

813. — La question de savoir s'il fallait faire évacuer la Petite-Roquette fut posée à la commission. Un nombre égal de voix fut réuni pour et contre; seulement, comme l'Impératrice avait voté pour et qu'elle présidait, l'évacuation se trouva décidée. De sorte qu'aujourd'hui la Petite-Roquette ne renferme plus que des détenus de la première catégorie.

814. — L'article 5 crée deux catégories de colonies pénitentiaires : les colonies publiques et les colonies privées.

815. — Les colonies publiques appartiennent à l'État qui est propriétaire des bâtiments et propriétaire, ou simplement locataire, des terres exploitées. L'entretien des jeunes détenus est tout entier à sa charge; c'est l'État qui nomme et salarie tous les employés et qui recueille tous les bénéfices de l'entreprise. Tout compte fait, des dépenses et des produits, il se trouve que chaque détenu coûte à l'État un franc par jour environ.

816. — Les colonies privées ont été fondées soit par de simples particuliers, soit, et plus généralement, par des ecclésiastiques ou des congrégations. Elles appartiennent à leurs fondateurs qui assument toutes les charges concernant les jeunes détenus. En compensation, en outre des produits de l'entreprise, les directeurs reçoivent de l'État une subvention s'élevant environ à soixante-quinze centimes par jour et par détenu. Les directeurs doivent être agréés par le Gouvernement; leurs employés ou auxiliaires, par le préfet. Enfin, l'État se réserve un droit

de surveillance et de contrôle sur les établissements privés, qui reçoivent annuellement la visite des inspecteurs généraux et des inspecteurs départementaux, et peuvent toujours être supprimés en cas de désordre ou d'inexécution des conditions.

817. — La loi de 1850 accuse nettement la préférence du législateur pour les colonies privées. Il suffit de lire l'article 6 pour s'en convaincre : « A l'expiration de cinq années, depuis la promulgation de la loi, si le » nombre total des jeunes détenus n'a pu être placé dans des établisse- » ments particuliers, il sera pourvu, aux frais de l'État, à la fondation » de colonies pénitentiaires. » Ce n'était donc que dans le cas où l'initiative privée ne suffirait pas à tous les besoins que l'Etat se réservait d'intervenir. Certes, nous comprenons fort bien qu'on laisse, dans l'œuvre de l'éducation des jeunes détenus, la part la plus large à l'initiative individuelle : mais l'État doit-il se désintéresser de la question, au point d'abandonner aux efforts privés toute cette partie du régime pénitentiaire ?... Le législateur de 1850 le pensait ainsi pour deux motifs :

818. — 1° « L'administration pouvait introduire, dans des établisse- » ments fondés par elle, un ordre régulier, une discipline exacte ; mais » elle ne pouvait commander à ses fonctionnaires la chaleur d'âme, le » zèle religieux qui font tout le succès des œuvres morales. » Telles étaient les paroles mêmes de M. Corne, rapporteur de la loi. Nous ne les discuterons pas longtemps ; certes, nous croyons, comme lui, que la charité privée vaut mieux que la philanthropie officielle et que la chaleur du cœur est plus puissante, pour régénérer l'enfant coupable, que tous les règlements et que toutes les disciplines. Si donc, toute colonie privée ressemblait à certaines qui sont des modèles, il y aurait là un argument très fort en leur faveur. Mais il n'en a pas été, malheureusement, toujours ainsi ; il suffit de rappeler que, de 1837 à 1870, le Gouvernement impérial fut obligé de fermer dix de ces colonies privées où les plus grands abus avaient été commis. Trop souvent encore, les directeurs de colonies privées oublient que l'éducation correctionnelle des enfants qui leur sont confiés doit être le but de leurs efforts ; trop souvent ils ne considèrent l'enfant que comme un outil, comme une machine à exploiter le plus fructueusement possible ;

819. — 2° D'autre part, en préconisant le système des colonies pri-

vées, M. Corne croyait réaliser de véritables économies « en ne compli- » quant pas les rouages de notre administration de la gestion écono- » mique d'un grand nombre d'exploitations rurales. »

820. — Ici encore les faits sont venus démontrer que le législateur de 1850 avait fait fausse route. Le rapport publié par M. Voisin établit clairement (1) que les établissements privés, par suite de l'allocation que leur fait l'État par chaque journée et par chaque tête d'enfant et par suite des subventions annuelles ou extraordinaires qu'il leur donne, nécessitent des sacrifices presque aussi grands que les établissements publics.

821. — Enfin, il est un danger qu'on peut signaler dans les colonies privées : c'est que souvent elles n'ont pas le personnel nécessaire pour la surveillance des enfants. Il faut en excepter, toutefois, la colonie de Mettray (2).

822. — Tout compte fait de ces diverses considérations, il ne nous semble pas que la question soit de nature à recevoir actuellement une solution absolue et nous pensons que les deux genres d'établissements publics et privés doivent coexister, sauf à l'administration à prendre les mesures nécessaires pour s'assurer un contrôle effectif et fréquent sur ces derniers.

823. — Il y a actuellement sept colonies publiques pour garçons, qui sont les colonies d'Aniane (Hérault), de Belle-Ile-en-Mer (Morbihan), des Douaires, près de Gaillon (Eure), de Saint-Hilaire (Vienne), de Saint-Maurice-de-la-Motte-Beuvron (Loir-et-Cher), du Val-d'Yèvre, près Bourges (Cher) et d'Auberive (Haute-Marne).

824. — Il existe onze colonies ou maisons privées, pour garçons également, soumises aux règlements, à l'inspection et au contrôle de l'administration, savoir : Autreville et Bologne (Haute-Marne), Bar-sur-Aube (Aube), Jommelières et Sainte-Foy (Dordogne), Le Luc (Gard), Mettray (Indre-et-Loire), Montesson (Seine-et-Oise), La Loge (Cher), Saint-Ilan (Côtes-du-Nord) ; en Algérie, M'Zéra. Seule, la maison de

(1) Pages 38 et suivantes.

(2) Voir dans le *Bulletin des prisons*, année 1898, page 1260, le dernier compte-rendu triennal fait par M. le commandant Cluze, directeur de la colonie.

Saint-Ilan est dirigée par un personnel congréganiste. Toutes les autres sont laïques.

825. — Nous devons une mention spéciale à la création récente de la maison pénitentiaire de Montesson (1). Cette maison, qui a reçu le nom d'École Lepelletier de Saint-Fargeau, est un établissement privé, fondé, entretenu et administré par le département de la Seine, dont il est la propriété. Il est destiné à recevoir, pour les garder et les élever, conformément à la loi :

1° Des enfants de l'article 66;

2° Des enfants détenus par voie de correction paternelle.

Il ne renferme, par conséquent, aucun condamné.

826. — Par application de la délibération du Conseil général de la Seine, en date du 27 décembre 1892 et de la dépêche ministérielle du 1er juin précédent, il n'y a point de gardiens ni de surveillants spéciaux dans l'établissement. Les instituteurs et les maîtres-ouvriers sont simultanément chargés, sous l'autorité du directeur de la maison, de l'instruction, de l'éducation des enfants, du maintien de l'ordre et de la discipline, ainsi que de la surveillance pendant le jour et pendant la nuit.

Sous aucun prétexte le droit de surveillance ne peut être délégué, même momentanément, aux enfants pensionnaires de la maison qui ne peuvent jamais avoir autorité les uns sur les autres.

827. — La colonie de Montesson, achevée en 1895, a été mise en service le samedi 12 novembre 1896. Les pensionnaires, venus de la Petite-Roquette, étaient à ce moment au nombre de huit, âgés de douze à quinze ans, tous acquittés comme ayant agi sans discernement, mais envoyés dans une maison de correction jusqu'à vingt ans accomplis, sauf la libération anticipée ou l'engagement militaire à dix-huit ans.

828. — C'est à la Petite-Roquette que l'on continue à recruter les enfants; on les amène à Montesson où on les fait baigner puis habiller avec les vêtements de l'école et visiter par le médecin. Ils restent quel-

(1) Voir dans le *Bulletin de la Société des prisons*, année 1896, p. 61, l'analyse du règlement de Montesson et sa discussion.

ques jours en observation dans une des chambres de *la Paternelle* et vont ensuite vivre en commun au pavillon Victor Hugo, pour être ultérieurement répartis dans les autres pavillons, suivant leur caractère.

829. — Le règlement qui avait été voté par le Conseil général a été approuvé par l'autorité supérieure avec peu de modifications. — L'instruction religieuse est donnée par les ministres des différents cultes, suivant les indications du ministre de l'intérieur. C'est M. le curé de Montesson qui, sur la désignation de Mgr l'évêque de Versailles, exerce les fonctions d'aumônier du culte catholique romain. Les représentants des autres cultes reconnus par l'État sont nommés, lorsqu'il y a lieu de recourir à leur ministère.

830. — Pour que le contrôle de l'école puisse s'exercer sans difficulté et à chaque instant, il a été réservé, dans les locaux affectés au Conseil d'administration, un appartement où les inspecteurs pourront s'installer de façon à suivre toute la vie de l'école : étude, travaux, alimentation, surveillance de jour et de nuit.

831. — Quelques mots aussi sur Auberive. — Depuis plusieurs années déjà, on avait formé le projet de créer une colonie nouvelle ; on avait d'abord songé à l'installer dans les bâtiments de l'ancienne maison centrale de Cadillac. Mais ce choix souleva des objections. — D'abord, disait-on, pour faire l'éducation d'enfants, il faut leur donner d'autres horizons que de grands murs tout imprégnés encore des plus fâcheux souvenirs; — puis les dépenses de réparations et d'aménagement devaient dépasser 50,000 francs, sans qu'on pût arriver encore à loger en son entier le personnel administratif; — en outre, par suite de l'absence de terrains cultivables, l'entretien des détenus y serait beaucoup plus cher que partout ailleurs et s'élèverait sans doute à 1 fr. 30 par jour; enfin, Cadillac étant éloigné des centres populeux et industriels du Nord, qui fournissent la majeure partie des jeunes détenus, il s'ensuivrait des transfèrements coûteux. Pour toutes ces raisons, on préféra Auberive. La maison, de proportions plus vastes, se trouve dans la Haute-Marne; la dépense d'aménagement ne devait pas excéder 30,000 fr. et sa situation, en pleine campagne, permettait d'en faire une colonie mixte, mi-agricole, mi-industrielle.

832. — Auberive a servi de maison pénitentiaire pour les filles, de

1885 à 1891 ; supprimée en cette dernière année, elle a été remplacée, de de 1891 à 1896, par celle de Cadillac, laquelle, à son tour, a été remplacée par la maison de Doullens.

833. — La maison d'Auberive, domaine d'ancienne abbaye, vendue à l'époque de la Révolution, a été rachetée eu 1856 par l'État. Elle possède deux grands jardins et un parc planté de beaux arbres. Deux fermes, qu'il serait facile de louer, sont à proximité de l'établissement. Bref, la situation, à tous points de vue, est infiniment plus favorable que celle qu'on eût trouvée à Cadillac. La nouvelle colonie sera sans doute inaugurée incessamment.

834. — Aux dix-huit établissements qui viennent d'être énumérés, il faut ajouter encore, pour les garçons, deux *écoles de réforme* où sont reçus les jeunes détenus dont l'âge réclame des soins en quelque sorte maternels (moins de douze ans) : Saint-Joseph, à Frasne-le-Château (Haute-Saône) et Saint-Eloi, à Limoges. L'une et l'autre sont dirigées par un personnel de femmes congréganistes.

835. — *Troisième catégorie.* — Cette catégorie comprend les enfants condamnés à plus de deux ans et ceux qui sont exclus des colonies pénitentiaires comme insubordonnés. Ils devaient, d'après le vœu de la loi de 1850, être placés dans des *colonies correctionnelles* à créer en France et en Algérie.

836. — Mais la loi du 5 août 1850, appliquée depuis longtemps en ce qui concerne les *colonies pénitentiaires* destinées aux mineurs de l'article 66 du Code pénal, a reçu dans ces derniers temps seulement (juin 1895) sa première application, relativement aux *colonies correctionnelles* dont elle prescrivait la création pour les mineurs de l'article 67 et suivants. Quelques détails sur ce fait si important.

837. — Sur le rapport de M. Maurice Faure, rapporteur du budget des services pénitentiaires pour l'exercice 1895, l'administration a décidé l'organisation d'une colonie correctionnelle.

Après quelques hésitations, le choix s'est porté sur la maison correctionnelle d'Eysses, près Villeneuve-sur-Lot, qui fut désaffectée en 1895 et érigée en colonie correctionnelle destinée à recevoir les mineurs condamnés à plus de deux ans d'emprisonnement et les mineurs insubordonnés provenant des colonies publiques et privées.

838. — Le premier contingent fut dirigé sur Eysses, aussitôt cette décision prise, le 13 juin 1895, c'est-à-dire, avant même l'évacuation complète des locaux par les détenus adultes. Il en résulta, au début, d'assez grandes complications. Le travail, en effet, faisait défaut pour les nouveaux venus.

839. — Les industries exploitées antérieurement avaient, pour la plupart, cessé avec la disparition de la maison centrale, et il n'était pas permis de les reprendre pour ne pas nuire à l'industrie libre. La conséquence était l'oisiveté de presque tous les jeunes gens, dont le nombre augmentait cependant chaque jour : d'où le désordre, l'indiscipline qui auraient pu aboutir à une révolte.

840. — Cette oisiveté était d'autant plus pénible que, dans les anciens quartiers, ils travaillaient régulièrement, gagnaient quelque argent, et pouvaient bénéficier d'un supplément de vivres à la cantine. A Eysses, c'était la suppression complète de ces avantages. Les rares colons auxquels on avait pu trouver une occupation ne recevaient qu'une modique gratification, alors que, au quartier correctionnel, l'entrepreneur, de par les clauses de son cahier des charges, devait mettre à la disposition de l'administration 0 fr. 10 par journée de présence, plus un tant pour cent sur le travail de chaque ouvrier.

841. — Heureusement, le directeur se montra en tous points à la hauteur de la tâche difficile qui lui incombait. Il réussit à réprimer rapidement les tentatives de rébellion qui se manifestaient déjà et parvint à rétablir l'ordre et la discipline. S'inspirant de l'article 102 du règlement général du 10 août 1865, il appliqua à sa nouvelle population un régime répressif et intimidant. Sa grande préoccupation fut d'organiser le travail et bientôt il put arriver à occuper, de diverses façons, le plus grand nombre de ses pensionnaires.

Les plus indisciplinés parmi les nouveaux arrivés furent mis en cellule d'isolement, avec ou sans travail. Par contre, quelques jeunes gens dont le dossier était assez bon furent désignés pour cultiver les terres dépendant de la ferme, dont la contenance est de cinq à six hectares.

842. — Aujourd'hui, grâce au tact et à l'habileté du directeur, l'apaisement est complet. Les jeunes gens sont, en général, dociles ; les infractions aux règlements sont légères, sinon rares. La plupart des détenus

ont la préoccupation, soit de contracter un engagement militaire, soit d'entrer dans la vie libre dans de bonnes conditions.

843. — La population d'Eysses ne tarda pas à devenir relativement nombreuse. D'après la dernière statistique, il y avait 253 mineurs détenus dans les quartiers correctionnels. A ce contingent de condamnés proprement dits, vinrent s'ajouter un certain nombre d'insubordonnés qui furent extraits des colonies pénitentiaires et envoyés à Eysses. Au mois de novembre 1895, ces derniers étaient au nombre d'environ 60.

844. — L'établissement d'Eysses est une ancienne abbaye de Bénédictins de Saint-Gervais-Saint-Protais, que, dans le langage du pays, on appelle encore « l'Abbadio. » Cette abbaye fut érigée, à la suite du Concordat, en maison centrale, le 16 fructidor, an XI. Eysses est situé à 1800 mètres de la jolie petite ville de Villeneuve-sur-Lot. On y arrive par une route plantée d'arbres et bordée de maisons de campagne. Une magnifique allée de platanes séculaires donne accès dans les bâtiments. L'air y est vif et sain : les épidémies y sont rares. Les bâtiments sont bien aménagés. Il y a quatre cours bien distinctes qui peuvent faciliter la division de la population en catégories, pendant les récréations. Au centre, se trouve la chapelle, grande et vaste nef, qui a pu permettre à plus de 1,200 détenus d'assister aux offices religieux.

845. — L'infirmerie est bien située, bien aménagée. Des salles spacieuses donnent sur la campagne. Il en est de même des dortoirs, qui sont cellulaires, disposition indispensable pour la sécurité, la tranquillité de la nuit et surtout pour la morale.

846. — Le quartier cellulaire contient une quarantaine de cellules de punition. L'administration reconnait, avec juste raison, que l'isolement des mineurs est un véritable bienfait pour tous les autres détenus.

Le réfectoire est au rez-de-chaussée et en face des cuisines.

847. — En somme, au point de vue matériel, l'établissement ne laisse rien à désirer.

Les nombreux et vastes ateliers se prêtent à l'organisation d'un travail manuel sérieux, pouvant constituer l'apprentissage d'un métier indispensable pour assurer l'avenir des jeunes gens.

848. — Les difficultés du début, signalées plus haut, sont aujourd'hui surmontées. Le travail marche régulièrement. Il y a un atelier de

tailleurs, un autre de ravaudeurs, en pleine activité. Dans un quartier spécial, appelé la « Régie, » sont occupés des forgerons et des menuisiers. Ailleurs, c'est un atelier de galoches et un atelier de bourrellerie. Les plus insoumis et les plus dangereux parmi les détenus sont employés dans l'atelier des *émouchettes*, — filets destinés à garantir la tête des animaux domestiques contre les mouches. Ce genre de travail a été choisi pour eux, parce qu'il ne nécessite l'usage d'aucun instrument tranchant.

849. — La garde extérieure, faite par la troupe, donne à l'établissement le caractère intimidant qui lui convient. La présence des soldats est nécessaire, indispensable même. Il faut frapper l'esprit de cette agglomération de réfractaires, parmi lesquels se trouvent des jeunes gens de dix-huit, dix-neuf et vingt ans. Il importe qu'aucun doute ne subsiste en leur imagination sur la répression immédiate et rigoureuse qui attend toute tentative de révolte.

850. — Peut-être que plus tard, lorsque les gangrénés du quartier correctionnel seront libérés, que la discipline juste, froide, raisonnée, mais sévère du directeur aura produit tout son effet, on pourra restreindre la surveillance extérieure à main armée. La maison, tout en restant maison de répression, pourra devenir, — et elle doit le devenir, — maison d'amendement. Avec les enfants, il ne faut jamais désespérer. Mais, en attendant, il serait souverainement imprudent de renoncer au concours de la troupe chargée d'assurer la sécurité de la colonie.

851. — Le résultat obtenu par la création de la colonie d'Eysses est que, alors qu'autrefois le quartier correctionnel avait une grande attraction pour les jeunes détenus des colonies, qu'il leur apparaissait comme le rêve désiré, le paradis souhaitable, Eysses est aujourd'hui devenu pour eux un lieu d'épouvante et d'effroi, un enfer à fuir. C'était le but à atteindre. L'administration supérieure et l'administration locale doivent s'en féliciter. Il faut espérer que le nombre des insubordonnés diminuera et que la colonie correctionnelle ne donnera plus asile qu'aux condamnés de l'article 67.

852. — On peut même espérer davantage et émettre le vœu que, dans l'avenir, se restreigne de plus en plus le nombre des enfants de cette dernière catégorie. On ne saurait, en effet, admettre, en principe,

la peine et l'infamie qui s'y rattache, que pour les enfants qui se sont rendus coupables de crimes odieux et manifestement prémédités. Pour les autres, il faut éviter la prison.

Ce qu'il faut, en effet, à l'enfant, c'est, plutôt que la prison, instrument fort imparfait de moralisation, la maison d'éducation où l'on peut corriger ses défauts et lui mettre en main de quoi gagner honnêtement sa vie.

853. — Les jeunes filles détenues ne forment qu'une seule catégorie. Elles sont toutes, — mineures détenues par voie de correction paternelle, jeunes filles de moins de seize ans, acquittées comme ayant agi sans discernement et non remises à leurs parents, jeunes filles de moins de seize ans condamnées à l'emprisonnement pour un temps quelconque, — placées dans des maisons pénitentiaires.

854. — Ces maisons étaient, il y a peu d'années encore, exclusivement des établissements privés, dirigés, pour la plupart, par un personnel congréganiste. Deux établissements privés laïques ont été fondés en 1885 et 1887, sous les auspices de l'administration, à Auberive (Haute-Marne) et à Fouilleuse (Seine-et-Oise), dans des bâtiments appartenant à l'État. Ces essais ont eu peu de succès : il a fallu fermer Auberive en 1891 et Fouilleuse en 1892. L'administration transforma alors (1891) la maison centrale de Cadillac (Gironde) en maison pénitentiaire publique et laïque de jeunes filles.

855. — Mais Cadillac était une bien triste colonie. Dès 1895, on en décida la suppression en même temps que la création, à Doullens, d'une nouvelle maison pénitentiaire. Cette dernière devait comprendre : une maison d'éducation pénitentiaire pour les jeunes détenues de l'article 66, — plus un quartier correctionnel, avec un certain nombre de cellules, pour les jeunes filles indisciplinées ou vicieuses des autres colonies, ainsi que pour les condamnées, — en très petit nombre, d'ailleurs. — Cette création a permis de supprimer la maison de Cadillac et de débarrasser les colonies privées de toutes les enfants perverties qui gênaient si fort la bonne tenue des autres.

856. — La maison de Doullens a été inaugurée en novembre 1896 : c'est le seul établissement de ce genre que l'État ait ouvert jusqu'ici. L'administration continue à confier ses pupilles du sexe féminin et de

religion catholique aux cinq établissements privés dont les noms suivent : Bavilliers (Belfort), Limoges (Haute-Vienne), Montpellier (Hérault), Rouen (Seine-Inférieure), Sainte-Anne-d'Auray (Morbihan).

857. — Dans le courant de l'année 1899, on a publié en sept gros volumes, la statistique pénitentiaire des années 1893-1896. Nous croyons intéressant d'analyser ici le chapitre consacré aux maisons de correction : nous aurons ainsi une vue d'ensemble de la criminalité juvénile à l'heure présente.

858. — Les établissements d'éducation correctionnelle, qui se montaient à soixante-trois, le 31 décembre 1877, et seulement à trente-cinq, le 31 décembre 1893, ne sont plus que trente en 1896; pendant ces quatre derniéres années, les quartiers correctionnels de Lyon, Nantes, Rouen, Dijon et Besançon ont disparu, depuis la création de la colonie correctionnelle d'Eysses. Enfin, la maison correctionnelle de jeunes filles de Cadillac a cessé d'exister. Depuis, en 1896, a commencé a fonctionner l'établissement de Montesson (école Lepelletier de Saint-Fargeau).

859. — Le nombre des enfants envoyés en correction décroît d'année en année. De 8,821, le 31 décembre 1869, on est passé à 6,153, le 31 décembre 1889, et à 4,838, le 31 décembre 1896. Ces 4,838 garçons sont à peu près également répartis entre les maisons publiques et privées. Pour les jeunes filles, le même mouvement décroissant se produit, quoique moins accentué, et, au lieu de 1,910, au 31 décembre 1877, et de 1,182, au 31 décembre 1892, on n'en trouve plus que 1,095 le 31 décembre 1896.

860. — Le département de la Seine est toujours le plus gros pourvoyeur de ces maisons; son contingent augmente même légèrement, passant de 847, en 1893, à 878, en 1896, pour les garçons, et 165 à 199, pour les filles. Il en est de même pour le Nord; son apport passe de 401 à 435 pendant la même période. Le fait est intéressant à relever, car, dans ces deux départements, on s'est quelque peu occupé des questions d'éducation correctionnelle et l'on s'est rendu compte de ce qu'il y avait d'injustifié dans l'hostilité à l'envoi dans des maisons de correction.

861. — La diminution des envois en correction affecte également les acquittés et les condamnés. Pour les condamnés, leur nombre, déjà très restreint, se réduit encore, ce qui semble indiquer que, de plus en plus,

les magistrats s'occupent d'éviter les condamnations véritables, de nature à nuire à l'avenir de l'enfant, et on passe, d'une marche régulière, de 160, en 1877, et de 73, en 1893, à 55 en 1896. Pour les acquittés, leur nombre étant plus grand, la diminution se fait mieux sentir et, au lieu de 5,131, en 1893, il n'y en a plus que 4780, en 1896.

862. — La magistrature ne semble pas s'être encore complètement rendu compte de l'inutilité de l'envoi en correction pour un temps très court. Si les garçons détenus pour moins d'un an ne sont plus que 4, en décembre 1896, contre 34 en 1894, les jeunes filles sont 42 contre 29, aux mêmes époques.

863. — Quant aux faits qui ont motivé l'envoi en correction, le vol vient toujours en tête et son pourcentage augmente légèrement : de 60 °/₀, en 1876, il passe à 65, en 1892, à 68, en 1896. Cet accroissement est compensé, et au-delà, dans les quatre dernières années, par une diminution sur le vagabondage et la mendicité, qui passent, pendant cette période, l'un de 14 à 12 °/₀, l'autre de 7 à 5 °/₀, de sorte que l'augmentation sur l'ensemble de ces trois délits, qui avait paru se manifester précédemment, ne continue pas. Reste à savoir si cette amélioration apparente n'est pas le résultat de la mollesse dans les recherches et dans les arrestations.

864. — Si ces délits, résultat le plus souvent de la misère et l'abandon, n'augmentent pas, des délits qui présentent une gravité particulière, comme le meurtre, l'incendie et le vol qualifié, diminuent depuis dix ans et, au lieu de 8 °/₀, en 1887, ne figurent plus que pour 6 °/₀, en 1896. La proportion des délits contre les mœurs reste stationnaire à 3 °/₀ pour les garçons. Après avoir brusquement fléchi, en 1888, pour les filles, elle est revenue, depuis 1892, à 12 °/₀, chiffre de 1887.

865. — Quant à l'âge des détenus, on voit que ceux au-dessous de huit ans sont toujours très peu nombreux (moins de 1 °/₀); ceux de huit à dix ne forment encore que 10 °/₀. Au-delà, l'accroissement se fait très vite : 20 °/₀, de dix à douze; 32 °/₀, de douze à quatorze; 20 °/₀, de quatorze à quinze. Pour les jeunes filles, on trouve ici un phénomène remarquable : la criminalité féminine semble à peu près retarder d'un stade sur la criminalité masculine. Le stade est ici, non plus de dix ans, mais paraît être de dix-huit mois environ.

866. — L'état de famille ne paraît pas exercer une influence moins forte. Un cinquième des garçons, près de moitié des filles sont enfants de condamnés. Moitié des garçons et des filles sont orphelins, soit d'un de leurs parents, soit des deux. Le quart des filles étaient enfants naturelles. Parmi les parents, un dixième, pour les garçons, un tiers, pour les filles, sont des vagabonds, vivent de la prostitution, sont inconnus ou disparus. C'est dans ces milieux où les enfants n'ont pas une famille véritable, normale et complète, que se forment les hôtes des maisons de correction. La plupart ont été abandonnés à eux-mêmes. Les trois quarts des garçons, la moitié des filles ne connaissent aucune profession à leur entrée — (67 °/₀, pour les garçons, 60 °/₀, pour les filles, en 1896).

867. — 34 °/₀ des garçons, près de 50 °/₀ des filles, — ces chiffres sont à peu près invariables, — sont complètement illettrés. Beaucoup n'en sont pas à leur premier séjour à la maison de correction, les magistrats hésitant souvent à les y faire retenir assez longtemps.

868. — Le pourcentage des garçons récidivistes, après bien des oscillations, et, notamment, un taux très élevé en 1893, revient à 15 °/₀, chiffre de 1887. Pour les filles, les résultats sont peu satisfaisants. De 8 °/₀, chiffre de 1887, on est passé à 15 °/₀, en 1892 et 1893, et, en 1896, on ne revient qu'à 13 °/₀.

869. — L'état moral et la discipline ont été maintenus par un certain nombre de récompenses. On remarque, tout d'abord, un emploi plus large de la libération conditionnelle pour les garçons. Son emploi avait paru se restreindre, il y a huit ou dix ans; cela n'a pas duré, car, accordée 179 fois en 1871, elle l'est 450 fois, en 1896. C'est là une mesure dont on ne peut qu'encourager l'emploi, toutes les fois qu'il est possible. Pour les jeunes filles, le nombre ne présente pas d'accroissement : il est de 30 à 50, suivant les années. Le nombre des grâces reste stationnaire : il en est accordé actuellement de 100 à 150 annuellement aux garçons, depuis 1886, et aucune aux jeunes filles.

870. — D'un autre côté, le nombre des actes d'insubordination, dont le nombre diminuait chez les jeunes gens, remonte brusquement, en 1895 et 1896, et arrive au chiffre très considérable de 45,860, en augmentation de 12,000 sur 1894 : en 1876, avec une population plus forte, il n'y en avait que 38,000. Au contraire, l'augmentation des actes d'in-

discipline, chez les jeunes filles, semble prendre fin et l'on ne constate plus que 2,500 infractions, en 1896. En même temps, le nombre des évasions, pour les deux sexes réunis, — la statistique ne les sépare pas, — tend à augmenter dans d'importantes proportions : 542, en 1896, contre 405, en 1892, et 268, en 1877.

871. — Le nombre excessif des évasions, dans certaines colonies, a justement préoccupé la commission du ministère de l'Intérieur. Elle a néanmoins admis, le 30 juin 1899, sous l'article 98 de l'arrêté ministériel, que la libération provisoire pourrait être accordée à des enfants coupables de tentatives d'évasion ; mais il a été entendu que, pour ces enfants, cette faveur ne devait être accordée qu'avec une extrême discrétion.

872. — En ce qui concerne le travail, l'administration paraît, depuis dix ans, avoir un plan auquel elle tient : l'accroissement du travail industriel, par rapport au travail agricole, est à peu près arrêté, depuis 1887, et les enfants destinés à l'industrie figurent pour 45 °/₀ environ.

Le travail des jeunes détenus donne encore lieu à une remarque, c'est qu'ici on ne constate pas qu'il y ait des enfants inoccupés, comme, dans les prisons, il y a des adultes désœuvrés.

873. — Le nombre des libérations reste stationnaire pour les jeunes filles, — 250 environ chaque année. Par contre, il augmente légèrement pour les garçons ; mais cette augmentation paraît correspondre en grande partie à l'accroissement des libérations provisoires. On a passé ainsi de 1,105 libérations, en 1893, à 1,279, en 1896, pendant que les libérations provisoires augmentaient de 230.

874. — Parmi ces libérés, plus de moitié des jeunes filles, de 50 à 60 °/₀ des garçons, rentrent dans leurs familles. C'est là un fait très regrettable, car, s'exerceront sur eux, après leur sortie, les mêmes influences qu'avant leur entrée. Mais il paraît bien difficile de le prévenir. Le nombre des engagés militaires semble suivre un véritable rythme. Après avoir augmenté, de 1887 à 1890, il faiblit brusquement, et, de 100, remonte à 158, en 1893, pour tomber brusquement à 114, en 1896. Cela tiendrait peut-être à ce que l'administration, très volontiers, pousse vers le service militaire, mais que l'accroissement des engagés donne naturéellement lieu à plus de remaques défavorables sur leur compte : d'où,

par moments, une diminution très brusque, suivie aussitôt d'une nouvelle marche ascendante.

875. — Le nombre des libérés confiés à des sociétés de patronage ou à des institutions d'assistance est à peu près égal pour les garçons et les jeunes filles : de 20 à 35 chaque année. Enfin, le nombre des jeunes garçons placés comme ouvriers ou domestiques augmente rapidement et passe, de 162, en 1893, à 423, en 1896. On n'en peut dire autant pour les filles : le nombre est bien plus variable.

876. — Disons maintenant quelques mots de deux institutions créées par la loi de 1850 : nous voulons dire la libération provisoire et le patronage, deux compléments essentiels d'une loi dont le premier but était l'éducation correctionnelle de l'enfance et sa régénération morale.

877. — C'est l'article 9 qui consacre le principe de la mise en liberté provisoire des jeunes détenus. La question n'était pas neuve : une circulaire du 3 décembre, due à M. le comte d'Argout, dont le grand souci était de soustraire les enfants à la contagion des maisons centrales, avait déjà permis de leur accorder une libération anticipée, mais provisoire et conditionnelle, afin de faciliter leur placement en apprentissage.

878. — Le ministre se rendait bien compte du triste effet que produisait dans les maisons centrales la confusion de toutes les catégories de prisonniers ; mais il y avait la question de légalité à résoudre : était-il possible d'autoriser la mise en liberté provisoire d'un enfant détenu en vertu d'un jugement régulier? Le ministre des travaux publics examina la question avec le garde des sceaux et il fut reconnu que l'espèce de détention autorisée par l'article 66 du Code pénal n'était pas une peine et qu'elle devait être considérée comme une mesure de police pour rectifier l'éducation, comme un moyen de discipline, comme un supplément à la correction domestique. Il suivait de là que le Gouvernement pouvait en faire cesser ou en atténuer les effets, sans recourir à la clémence royale, dont l'intervention n'est nécessaire que pour la remise d'une peine.

879. — La circulaire réglait ensuite les conditions de la mise en liberté provisoire : nous allons résumer cette partie de la circulaire du comte d'Argout, qui a encore aujourd'hui un grand intérêt, car le règlement d'administration publique qui, aux termes de l'article 21 de la loi

de 1850, devait régler toutes ces questions, n'a jamais été fait. Une commission avait été instituée, dans les dernières années du règne de l'Empereur Napoléon III, par les soins de M. de Forcade; elle s'occupait de préparer la rédaction définitive des règlements, lorsque survint la révolution du 4 septembre 1870.

880. — Aux termes de la circulaire de 1832, voici comment on devait procéder :

Le préfet, lorsqu'il se trouvait dans les prisons du département un enfant jugé en vertu de l'article 66 du Code pénal, devait s'informer des personnes de la ville ou de la campagne qui consentiraient à le recevoir pour l'élever et l'instruire.

Le préfet traite alors avec une de ces personnes : le traité est annulé, si le maître maltraite l'enfant.

Le maître peut rendre l'enfant si ce dernier se conduit mal.

Le traité cessera encore, si le Gouvernement veut remettre l'enfant à sa famille, avant l'époque fixée par le jugement.

Une condition essentielle de tous les contrats, c'est que la justice conserve ses droits et que les enfants peuvent être réintégrés à première réquisition du ministère public.

Le traité doit régler à l'avance l'indemnité à donner au maître, au cas d'interruption de l'apprentissage par la réintégration de l'enfant ou sa remise à sa famille.

Les conventions arrêtées entre les autorités locales et les maîtres ne seront obligatoires que par l'approbation du préfet.

Le préfet, avant de l'accorder, demandera l'adhésion du ministère public, en lui communiquant les renseignements pris.

En cas de dissentiment, il en sera référé au ministre de l'intérieur.

Dès que le contrat d'apprentissage sera approuvé par le préfet, il en adressera une copie au ministère public, qui fera lever les écrous et autorisera les gardiens des prisons à remettre les enfants aux personnes désignées.

Enfin, l'autorité administrative et le ministère public ont un droit et un devoir de surveillance à exercer sur ces enfants placés en liberté provisoire.

881. — Il nous reste à citer, au sujet de cet article 9, les paroles de

M. Corne, dans son rapport sur la loi : « L'expérience, » d't-il, « a prouvé » qu'un système excellent pour établir parmi les jeunes détenus une » louable émulation dans la voie du bien et de la régénération, c'est de » graduer leur condition d'après leur conduite. La mise en apprentis- » sage de ceux dont la moralité semble le mieux affermie a presque » toujours produit de bons effets. Elle encourage tous les jeunes détenus » à obtenir d'être bien notés et, pour ceux qui jouissent de cette faveur, » elle sert d'utile transaction entre deux genres de vie bien différents; elle » éprouve leurs véritables dispositions et les prépare à bien user de la » liberté, quand elle leur sera rendue. »

882. — L'article 21 de la loi disait qu'un règlement d'administration publique déterminerait le régime disciplinaire des établissements pénitentiaires et, par conséquent, toutes les questions relatives à la libération provisoire. Ce règlement n'a jamais été fait, mais l'administration s'est attachée dans différentes circulaires (circulaires des 4 novembre, 14 décembre 1865, 5 octobre 1867), à prescrire des mesures tendant à favoriser et à développer le placement au dehors des libérés provisoires. Une autre circulaire plus récente, du 10 avril 1873, rappelle aux préfets et directeurs de colonies qu'ils ne peuvent, sans méconnaître les intentions formelles du législateur, retenir dans leurs établissements les enfants que leur bonne conduite et leurs aptitudes mettent en situation d'être libérés à titre provisoire : « Les directeurs des colonies résistent » tant qu'ils peuvent et mettent en avant toutes sortes de bonnes raisons. » La vérité est qu'ils ont un intérêt évident à exploiter le plus longtemps » possible le travail des enfants, principalement des bons sujets, et des » ouvriers les plus expérimentés et les plus habiles, c'est-à-dire, précisément ceux qui devraient être admis à l'épreuve de la libération pro- » visoire. Aussi, le nombre des libérés provisoires est-il chaque année » assez restreint, principalement dans les colonies privées, car il est à » remarquer que la proportion des libérations provisoires est sensible- » ment plus élevée dans les colonies publiques que dans les établisse- » ments privés. En 1869, sur 365 libérés provisoires, on en comptait » 145 sortant des colonies publiques, soit, par rapport à l'effectif, une » proportion de 10,70 °/₀ dans les colonies de l'État et de 3,07 °/₀ dans » les établissements privés. »

883. — Un arrêté du ministre de l'intérieur, du 9 janvier 1899, a institué au ministère de l'intérieur une commission chargée d'élaborer des projets de règlements nouveaux pour les colonies pénitentiaires publiques et privées, ainsi que pour les colonies correctionnelles et les écoles de réforme. Cet arrêté a été pris, sur la proposition du sous-secrétaire d'État, à la suite d'un rapport du directeur de l'administration pénitentiaire, en date du 7 janvier 1899, signalant la nécessité de reviser et de compléter la règlementation spéciale à chacune des trois catégories d'établissements destinés à recevoir les jeunes détenus : 1° écoles de réforme, où sont placés les enfants au-dessous de douze ans ; 2° colonies pénitentiaires, où sont envoyés les mineurs de douze à seize ans ; 3° colonies correctionnelles, sur lesquelles sont dirigés les indisciplinés des deux premières catégories.

884. — Cette commission est composée de MM. le sous-secrétaire d'État, *président*, Th. Roussel, Bérenger, Develle, Gouin, Dr Labrousse, Pauliat, P. Strauss, Baudin, Boucher, Maurice Faure, de Saint-Quentin, le Directeur de l'administration pénitentiaire, Cresson, Félix Voisin, Flandin, Guillot, Puibaraud, Vincent, Bouillard, Robin et Mme Dupuy. — M. Brun, directeur des Douaires, et Tabaraut, sous-chef de bureau, sont adjoints à la commission, comme secrétaires, avec voix consultative.

Cette commission n'a pas encore à l'heure actuelle, complètement achevé ses travaux.

885. — L'article 19 place les jeunes détenus, pendant trois années, à partir de l'époque de leur libération, sous le patronage de l'assistance publique. Mais le règlement sur la matière n'a pas non plus été fait, de sorte que cet article est resté lettre morte dans la pratique. C'était cependant une disposition très utile et très sage du législateur : le moment de la libération est un des plus rudes à franchir pour le jeune détenu, qui passe subitement de la discipline la plus sévère à la liberté la plus absolue.

886. — En cette matière toute spéciale, le rôle de l'État est de favoriser la création des sociétés de patronage et non d'en prendre la direction exclusive. Le patronage relève essentiellement de l'initiative privée, qui doit trouver, auprès de la loi et de l'État, un encouragement moral et un concours pécuniaire. Malheureusement le nombre des sociétés de patro-

nage est, en France, excessivement restreint. Parmi les principales, citons : la Société de patronage des jeunes détenus de la Seine et la Société de patronage pour les libérés protestants. Quelques colonies ont aussi cherché à organiser le patronage de leurs libérés. C'est ainsi que, sur ce point, Mettray a obtenu des résultats très satisfaisants. Enfin, il y a quelque vingt ans, il s'est fondé, sur l'initiative de M. Fournier, une société de protection des engagés volontaires élevés dans les maisons d'éducation correctionnelle, autorisée par arrêté du 5 novembre 1878. Cette société a pour but, comme son titre l'indique, « d'encourager les » engagements volontaires des jeunes gens élevés dans les maisons » d'éducation correctionnelle publiques ou privées, qui, ayant atteint » l'âge de dix-huit ans, se seront montrés dignes d'aide et de protection » par leur bonne conduite, leur assiduité au travail et leurs progrès à » l'école. »

887. — Si la loi de 1850 a réalisé quelques progrès, tous les hommes spéciaux sont unanimes à reconnaître qu'elle n'a pas tenu ce qu'elle promettait. Sur bien des points elle a trompé l'espérance du législateur. Il faut donc que certains des principes sur lesquels elle repose n'aient pas toute la valeur qu'on avait cru pouvoir leur attribuer.

888. — I°. — Un premier point qui nous semble sujet à critique, c'est le maintien de l'emprisonnement des mineurs de seize ans dans les maisons d'arrêt. Aux termes de l'article premier de la loi de 1850, nous voyons que les mineurs de seize ans sont enfermés, pendant leur détention préventive, dans les maisons d'arrêt. Il est vrai que l'article 2 ordonne la création de quartiers distincts, mais bien souvent ce quartier distinct n'existe pas.

889. — Nous avons vu aussi que, par *à contrario* de l'article 4, les mineurs de moins de seize ans, condamnés à six mois d'emprisonnement et au-dessous, doivent subir leur peine dans les prisons départementales. On ne saurait trop regretter cette disposition qui fait subir à un enfant moins coupable que d'autres le contact dégradant de la prison. Sans doute, on peut pallier cet inconvénient, depuis que la loi du 5 juin 1875 est venue créer le régime cellulaire; mais c'est encore trop de renfermer les enfants dans les mêmes murs que les adultes; il eût mieux valu les envoyer, eux aussi, dans les colonies pénitentiaires.

890. — II°. — Le législateur, dans l'article 3, n'a établi que le régime en commun ; mais, peut-être, sur ce point, n'a-t-il pas eu une vue nette des choses. Il y a des enfants profondément vicieux, malgré leur jeune âge, et pour lesquels la détention en commun ne peut être que le pire des maux. A ces natures là le système cellulaire est le seul qui convienne; c'est un enfant soumis à ce système qui disait un jour : « Le » père X*** prêche bien, mais la cellule prêche encore mieux! » D'ailleurs, on peut mitiger le régime cellulaire par des promenades, des récréations, des visites. Et puis, ce serait une erreur de croire que l'emprisonnement cellulaire soit pour l'enfant une souffrance au vrai sens du mot. La cellule ne pèse pas à l'enfant de douze ans, qui s'amuse de rien : elle l'isole, elle le fait réfléchir. Ce n'est qu'au moment de la puberté, d'après M. l'abbé Crozes, ancien aumônier de la Petite-Roquette, que la cellule devient pénible à l'enfant : elle pourrait alors cesser, mais aurait produit un effet salutaire.

891. — Ainsi donc, il ne faut pas ajouter une foi aveugle aux couleurs sombres sous lesquelles on dépeint le régime cellulaire et aux troubles moraux et physiques dont on lui attribue l'origine. En effet, d'après le docteur Mottet, médecin de la Petite-Roquette, la cellule ne produit pas forcément l'étiolement du corps; et, quant à son influence délétère sur l'intelligence, il la nie. Toutes les fois qu'un cas d'aliénation mentale ou qu'une atrophie des facultés a été constaté à la Petite-Roquette, on a toujours pu en retrouver l'origine héréditaire; et, quant au nombre de maladies qui se déclarent chez les enfants en cellule, presque tous en ont apporté le germe en entrant dans la prison.

892. — Le système de la vie en commun a certes beaucoup de bon, mais il faudrait que le régime cellulaire pût fonctionner simultanément pour certaines natures indomptables.

893. — III°. — Une autre idée domina encore la loi de 1850 : ce fut de n'appliquer les enfants qu'aux travaux purement agricoles. Il y eut là un excès.

Poser en principe législatif l'obligation du travail exclusivement agricole et de la vie en commun, c'était, dans la question de l'éducation correctionnelle, agitée et étudiée depuis 1830 par les hommes les plus éminents, porter un rude coup à l'existence d'un des rares établissements

spéciaux consacrés aux jeunes détenus, à la Petite-Roquette, où, depuis 1836, près de cinq cents jeunes gens se trouvaient employés aux travaux industriels et soumis à l'emprisonnement cellulaire.

894. — Pour modifier ainsi l'état de choses existant, il fallait que le législateur fût poussé par de graves raisons. Il est certain, d'abord, que la merveilleuse fondation de Mettray, qui se trouvait en pleine prospérité, lors du vote de la loi de 1850, influa sur l'Assemblée nationale. La devise de M. de Metz était belle : « Améliorer l'homme par la terre et » amender la terre par l'homme. » A ces enfants, que l'oisiveté a mis le plus souvent sur une mauvaise pente, dont les passions ont été surexcitées de bonne heure, il faut, pour donner le change à ces passions, pour faire rentrer dans leurs âmes du calme, des idées sérieuses et douces, pour épurer le sang et donner à leurs corps une complexion robuste, il faut, disons-nous, l'air, la vie des champs, les habitudes paisibles et le travail fortifiant du cultivateur.

895. — Et puis, en 1850, on n'était pas bien loin de 1848 : l'Assemblée se souvenait des jours de fusillades et de luttes dans Paris, le calme régnait à peine dans la rue; le travail industriel et le souvenir des ateliers de 1848 effrayaient tout le monde et l'Assemblée ne désirait rien tant que d'éloigner de Paris et des grands centres le plus grand nombre de bras possible; c'est ce qu'exprime le rapporteur dans les lignes suivantes : « Le travail manufacturier, enseigné seul aux détenus, les pousse » nécessairement, après leur libération, vers les villes, vers les grands » centres d'industrie. Là, ils sont exposés à tous les dangers de la vie » manufacturière, aux chômages fréquents, aux conseils dangereux. Aux » prises avec la misère et la contagion du vice, ils forment au milieu de » ces vastes agglomérations d'hommes, un milieu corrompu, où s'élaborent des projets coupables, où se trament souvent des crimes contre » les propriétés et les personnes : c'est de là que sortent aussi, aux mauvais jours, des haines et des excitations antisociales, de nature à mettre » en péril les fondements mêmes de l'ordre public. »

896. — Il y avait du vrai dans cette idée, elle pouvait porter des fruits excellents, mais le défaut fut d'avoir repoussé tout autre travail. Il semble bien que, étant donné la population des différents établissements de jeunes détenus, population de ville et population de campagne,

il eût fallu organiser à la fois le travail industriel et le travail agricole. Il y a de ces dégoûts qui sont dans le sang. L'enfant arrêté à Paris pour vagabondage ou tout autre méfait aura le plus souvent une horreur instinctive du travail agricole; le seul qui puisse lui convenir, ce serait le travail industriel; le seul moyen de l'intéresser à sa tâche, ce sera de lui faire confectionner ces articles qui lui rappellent encore Paris : « On » aura beau l'astreindre, pendant quatre ans, cinq ans, peut-être plus, » aux travaux des champs, en faire un agriculteur habile, au jour de sa » libération il s'enfuira vers Paris et il se trouvera jeté dans la Cité, » aussi exposé qu'au jour où il est entré dans la colonie. Il saura bien » un métier, mais dont il ne pourra tirer aucun profit; et cet enfant de » la ville, qui eût pu être sauvé par le travail industriel, est fatalement » condamné à une rechute prochaine » (1). Or, c'est presque par moitié que se divisent ces deux catégories d'enfants dans les colonies pénitentiaires et correctionnelles; aussi M. Voisin, dans son rapport sur les jeunes détenus, se prononce-t-il en faveur du travail industriel placé parallèlement avec le travail agricole. Il souhaite même qu'on y joigne l'instruction maritime. Dans les colonies proches des ports de mer, on créera une sorte d'école correctionnelle maritime pouvant former de bons marins, soit pour l'État, soit pour la marine marchande.

897. — Sur ce dernier point, l'administration s'est efforcée de donner satisfaction aux desiderata formulés par M. Voisin. Elle a, en effet, transformé la maison d'Aniane (Hérault), en une colonie industrielle; de plus, une décision ministérielle du 29 mai 1880 a créé, à la colonie de Belle-Ile-en-Mer, une section maritime dans laquelle cent à cent vingt pupilles reçoivent, à partir de douze à treize ans, une éducation exclusivement maritime.

898. — IV°. — La loi de 1850 n'a pas assez nettement accentué la démarcation entre les mineurs acquittés et les mineurs condamnés. Des enfants dont la situation légale est essentiellement différente peuvent se trouver réunis dans les colonies pénitentiaires et être soumis au même régime et aux mêmes travaux.

---

(1) *Contemporains*, numéros de novembre et décembre 1880 : *Les enfants vicieux et abandonnés.*

899. — Bien plus, les condamnés sont dans une situation meilleure que les acquittés. Les premiers ne restent, en effet, enfermés que deux ans au plus et, en général, ils le sont beaucoup moins longtemps. Au contraire, les seconds sont envoyés en correction jusqu'à leur vingtième année quelquefois. S'ils ont été acquittés à douze ans ou à quatorze ans, ils restent donc enfermés six à huit ans. De là ce double résultat que, entre deux enfants qui ont comparu le même jour devant le même tribunal, c'est le moins coupable, c'est-à-dire, celui qui aura été acquitté, qui subira la plus longue détention ; et que le plus coupable, c'est-à-dire, l'enfant condamné, sera le moins longuement soumis à l'épreuve de l'éducation correctionnelle, dont il a cependant tout autant besoin que l'autre. Aussi n'est-il pas rare de voir de jeunes accusés soutenir effrontément qu'ils ont compris la portée de leurs actes, et cela, pour être condamnés plutôt qu'acquittés.

900. — Il serait bien facile de faire disparaître cette anomalie, en donnant aux tribunaux le droit de décider que l'enfant condamné sera, à l'expiration de sa peine, retenu dans une maison de correction jusqu'à un âge déterminé : c'est une réforme que nous considérons comme indispensable.

901. — V°. — La loi de 1850, n'ayant réservé exclusivement à l'État que les colonies correctionnelles, mais admettant le concours des particuliers pour les colonies pénitentiaires de garçons et les maisons pénitentiaires de filles, sans distinction des causes de la détention, arrive ainsi à confier à des établissements privés, non-seulement l'éducation correctionnelle des mineurs acquittés, — ce qui est une bonne mesure, — mais même l'exécution de la peine contre les mineurs condamnés, — ce qui est opposé au caractère de peine publique. Il serait à désirer que tous les établissements recevant des mineurs condamnés, au sens juridique du mot, fussent des établissements exclusivement publics, car, à la société seule appartient le droit de punir, et l'exécution de la peine ne saurait se faire par d'autres que par les agents de l'autorité publique.

902. — VI°. — Enfin, une dernière critique qu'on peut adresser à la loi de 1850 est de n'avoir fait aucune distinction entre les jeunes filles détenues. Elles doivent, en effet, être toutes placées dans des maisons pénitentiaires et l'article 17 n'organise pour elles que le travail sédentaire.

Pourquoi ne pas les appliquer, elles aussi, si leurs aptitudes le permettent, à des travaux agricoles ou industriels?...

Donc, la loi de 1850 appelle des réformes.

903. — Par une décision, en date du 25 mars 1872, provoquée par M. le vicomte d'Haussonville, l'Assemblée nationale institua une commission d'enquête sur le régime des établissements pénitentiaires. La loi du 5 juin 1875, *sur le régime des prisons départementales*, en a été le principal résultat; mais d'autres résultats avaient été préparés.

904. — Malheureusement l'Assemblée nationale fut obligée de se séparer sans avoir pu aborder l'examen des deux propositions de loi qui résumaient les conclusions du rapport de M. Voisin. Ces propositions de loi étaient.

905. — I° Une proposition de loi portant modification des articles 66, 67 et 69 du Code pénal.

Elle contenait les réformes suivantes :

1° Elle établissait une distinction entre les *maisons de réformes*, c'est-à-dire, les maisons d'éducation et de correction tout à la fois, où devaient être élevés et détenus les mineurs acquittés en vertu de l'article 66, comme ayant agi sans discernement, et les *maisons correctionnelles*, c'est-à-dire, les établissements où devaient être détenus et soumis à une discipline plus sévère les mineurs condamnés par application des articles 67 et 69, comme ayant agi avec discernement;

2° Elle parait à l'inconvénient reconnu des trop courtes peines applicables aux mineurs condamnés, en attribuant aux juges le pouvoir de décider que ces mineurs pourraient, à l'expiration de leur peine, être détenus et élevés jusqu'à l'époque de leur majorité dans des quartiers spéciaux d'éducation correctionnelle;

3° Elle étendait pour tous les cas, jusqu'à la vingt-unième année accomplie, la durée facultative du séjour des jeunes détenus dans les maisons de réforme, ou dans les établissements correctionnels proprement dits.

906. — II° Une proposition de loi portant revision de la loi du 5 août 1850.

Elle contenait les réformes suivantes :

1° Elle établissait et organisait pour les jeunes détenus, à côté de l'éducation agricole, l'éducation industrielle et maritime ;

2° Elle appliquait plus largement et réglementait la libération provisoire;

3° Elle facilitait la formation nécessaire des sociétés de patronage pour les jeunes détenus.

Ces projets n'ayant pas été convertis en lois par l'Assemblée nationale, l'œuvre était à reprendre.

907. — Dans la séance du Sénat du 28 juillet 1879, furent présentés par MM. Théophile Rousseau, Bérenger, Dufaure et l'amiral Fourichon, sénateurs, deux projets de loi ayant pour objet :

1° La revision des articles 66, 67, 69 et 271 du Code pénal, concernant les mineurs de seize ans;

2° La revision de la loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus.

908. — Ces deux projets de loi, qui ne sont que la reproduction à peu près fidèle des propositions de loi préparées par la commission d'enquête de 1872, attendent encore le jour de la discussion.

909. — De son côté, l'administration s'est toujours appliquée à rendre meilleure la situation des jeunes détenus. Nous avons déjà noté ses louables efforts à faire prospérer l'œuvre de la libération provisoire et du patronage. Mais la création la plus importante qu'elle ait accomplie a été celle d'établissements spéciaux pour les délinquants de moins de douze ans, catégorie de jeunes détenus qui forment plus du tiers de l'effectif des colonies pénitentiaires publiques ou privées : « On com- » prend que ces enfants, à raison de leur âge et des soins de toutes » sortes qui leur ont manqué, réclament une sollicitude de tous les ins- » tants et qu'il importe, surtout, de ne pas les confondre avec des jeunes » gens plus corrompus, dont le contact, les imitations et les exemples » pourraient exercer sur leur moral une action des plus pernicieuses » (1).

910. — Les projets de loi de 1879 ont eu le sort de leurs prédécesseurs de 1875. Espérons, toutefois, qu'un jour viendra où les Chambres françaises consentiront à s'occuper d'une question palpitante qui fait, à bon droit, l'objet des préoccupations de ceux qu'intéresse l'avenir de notre société.

---

(1) *Statistique des prisons*, année 1876, p. 145.

CONCLUSION

911. — Et maintenant jetons rapidement un coup d'œil en arrière sur le chemin que nous venons de parcourir. Nous avons en face de nous une législation qui nous paraît, en dépit des critiques dont elle a été l'objet, profondément sage et tout au moins à la hauteur des législations voisines. Elle a, de plus, sur ces dernières, l'avantage d'une très grande simplicité. Au lieu de partager la vie humaine en un certain nombre de périodes plus ou moins arbitraires, elle se borne à distinguer l'individu mineur de seize ans de celui qui a dépassé cet âge, en couvrant le premier par une présomption d'irresponsabilité et en prêtant au second une responsabilité pleine et entière.

912. — Sans doute, elle ne fixe pas un âge au-dessous duquel toute poursuite est impossible : mais nous avons vu que cela est inutile, les magistrats n'agissant jamais qu'avec prudence et bonté à l'égard des enfants.

Sans doute encore, elle peut se tromper quelquefois en attribuant à certains majeurs de seize ans un développement intellectuel qu'ils sont loin de posséder; elle n'atténue pas les peines, pour la période qui va de seize à vingt et un ans. Mais, en revanche, elle permet d'infliger aux malfaiteurs dangereux qu'on rencontre si souvent, parmi les jeunes gens de cet âge, un châtiment en rapport avec l'énormité des crimes auxquels les poussent parfois des instincts exceptionnellement précoces; et, par la combinaison des circonstances atténuantes et de la loi Bérenger, elle donne toujours au juge le moyen de proportionner exactement la peine au degré de responsabilité de l'agent reconnu coupable.

913. — Toutefois, si l'ensemble de notre législation est excellent, il existe certains points sur lesquels nous sommes les premiers à demander

des améliorations. Nous avons, chemin faisant, signalé tous nos desiderata; nous ne les mentionnons à cette place que pour en donner une vue d'ensemble :

1° Dans la section première de notre chapitre troisième, nous avons libellé un projet de loi contenant les modifications que nous voudrions voir apporter à l'article 66. Il est vrai que la loi des 19-21 avril nous a donné en partie satisfaction, mais nous regrettons profondément qu'on n'ait pas eu la pensée d'insérer dans le Code pénal les dispositions nouvellement créées;

2° Les articles 67 et 69 appellent, eux aussi, une réforme importante : nous faisons allusion à la faculté donnée au juge de décider que l'enfant, à l'expiration de sa peine, sera conduit dans une maison de correction. Aussi, proposons-nous d'ajouter à l'article 67 un alinéa ainsi conçu :

« Le juge peut décider, en outre, que, à l'expiration de sa peine, il » sera placé dans une colonie pénitentiaire, pour y être élevé et détenu » pendant tel nombre d'années que le jugement ou l'arrêt déterminera, » et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa » vingt et unième année. »

Le même alinéa, précédé du mot « mais, » pourrait être ajouté à l'article 69.

3° La publicité des audiences est, à notre avis, dangereuse pour les enfants : il faudrait la supprimer; et, pendant tout le cours de l'instruction, — car nous répudions à leur égard la procédure des flagrants délits ou de la citation directe, — les jeunes délinquants devraient être toujours complètement isolés.

4° Enfin, nous appelons de tous nos vœux la refonte de la loi du 5 août 1850 dans le sens que nous avons indiqué au dernier chapitre de notre étude.

914. — Mais voici que le titre de cette loi appelle, en terminant, notre pensée sur le problème si difficile de l'éducation à donner à l'enfance coupable ou abandonnée. Cette question a soulevé bien des controverses, soit dans la presse, soit dans les divers congrès pénitentiaires, soit, enfin, au sein des multiples sociétés où l'on discute journellement sur les moyens de perfectionner notre régime pénitentiaire.

915. — Le but poursuivi par tous est le même : amender l'enfant et

faire de lui un homme. Certes, la réalisation de cette œuvre présente des difficultés presque toujours grandes, — quelquefois, hélas ! insurmontables, — quand on se trouve en face de certaines natures si prématurément et profondément corrompues, qu'elles sont rebelles à toute influence salutaire. Ceux qui consacrent leur vie à la noble mission de régénérer l'enfance coupable, savent ce que leur coûte de peines le peu de bien qu'ils font autour d'eux et ils déplorent à chaque instant avec amertume l'impuissance et la stérilité de leurs efforts.

916. — Mais, peut-être, les difficultés de l'entreprise, l'inanité des résultats obtenus tiennent-elles, en partie, à l'imperfection des moyens employés. On parle de relever l'enfant par la vue de la nature, le travail industriel et agricole, par le régime cellulaire ou la vie en commun. Tout cela est très bien et peut produire d'excellents effets ; mais tout cela est et ne peut être qu'insuffisant. Il y a un côté de l'éducation qui devrait être l'objet d'un soin tout particulier et en quelque sorte jaloux : c'est le côté moral et religieux. Quoi qu'en disent certains matérialistes, il y a autre chose en l'homme que l'animal ; il y a en lui quelque chose qui pense, qui veut et qui espère, quelque chose qui le pousse à interroger l'infini. Le « *jussit... erectos ad sidera tollere vultus* » n'est pas seulement une belle pensée, mais une réalité consolante. Ce vers s'est échappé, en un siècle païen, du cœur d'un païen, mais d'un païen intelligent que n'aveuglaient pas des préjugés sectaires. Aujourd'hui où l'on nie, et où l'on nie systématiquement et de parti-pris tout surnaturel et toute métaphysique, on cherche par tous les moyens à river à la terre les regards de l'homme. Au nom d'une prétendue neutralité, au nom de la liberté de conscience (!) on se borne à donner à l'enfant quelques notions de français, d'arithmétique et de sciences ; on évite soigneusement tout enseignement confessionnel ; puis, vers l'âge de douze ans, on le lâche dans la vie. Le voilà dans sa famille ; mais le père est à l'usine, la mère fait des journées ; la surveillance est donc impossible. Livré à lui-même, notre gamin court la rue, fréquentant les pires compagnies ; comme il a appris à lire à l'école, il en profite pour dévorer les publications les plus obscènes que lui procurent des camarades toujours complaisants ; bientôt le mal n'a plus de secrets pour lui, il est entraîné irrésistiblement : ce n'est pas la morale civique qui va l'arrêter sur la pente où il ne demande qu'à

glisser! Pourquoi, d'ailleurs, lutterait-il contre-lui-même? Au nom de quels principes irait-il à l'encontre de tendances qui lui plaisent?... Il a quatorze, quinze ans; la bête parle en lui; la bête a ses instincts qu'il faut satisfaire. On lui opposera la loi : mais la loi est l'œuvre de l'homme, de l'homme son semblable; or, on lui a dit que tous les hommes sont égaux : dès lors, toute autorité, toute domination n'est à ses yeux que la tyrannie du plus fort. Mais, avec de l'audace et de l'habileté, il peut espérer se dérober à ce joug qui l'importune. Il suivra donc l'impulsion de ses instincts; le travail lui répugne : il volera, pour vivre, le bien d'autrui. Excité par l'amour-propre de dépasser les camarades, il ne reculera devant aucune témérité, il ira même jusqu'au meurtre, jusqu'à l'assassinat!

On l'enverra dans une maison de correction, soit! Malheureusement il se trouvera en présence de camarades qui rongent leur frein, comme lui, pendant un certain nombre d'années. Entre eux, ils vont s'exciter, conclure des pactes pour le mal, combiner les bons coups à faire à la sortie : ne faut-il pas se venger de cette société qui proclame l'égalité de tous et, cependant, porte atteinte à leur liberté?...

Et qu'on ne s'imagine pas que ces lignes sont le produit de l'imagination : elles expriment, hélas! la plus triste des réalités. Les juges, généralement, n'envoient les enfants en correction que lorsqu'ils n'ont aucun moyen d'agir autrement. D'ailleurs, la réputation des maisons de correction n'est plus à faire : elle est assez déplorable! L'enfant en sort plus corrompu qu'il n'y était entré, beaucoup mieux préparé à l'accomplissement de ses exploits futurs, et pourquoi cela? parce que, dans la maison de correction, on suit les errements de l'école primaire : on néglige, si l'on ne laisse pas absolument de côté, l'instruction religieuse du pupille. Quant il quittera la colonie pénitentiaire, il pourra savoir un métier, on n'en aura pas fait un homme : il sera tout aussi désarmé contre les entraînements de la misère et de ses passions. Il retournera aux dangereuses fréquentations d'autrefois; c'est dans le cabaret et la maison de prostitution qu'il ira chercher ses lettres de civisme; bientôt, au lieu d'un homme régénéré, nous aurons en face de nous un fruit mûr pour la relégation, le bagne où l'échafaud. On n'avait pas voulu soumettre sa conscience à des préjugés *bons tout au plus pour des peuples*

dans l'enfance, à des préjugés qui ont fait leur temps : mais, en revanche, le malheureux est devenu l'esclave des instincts les plus vils et, quand la société en a eu peur, elle s'en est débarrassée.

Oui, nous ne craignons pas le dire, toutes de les théories imaginées par nos philanthropes, modernes pour obtenir la régénération de l'enfance coupable, nous laissent dans le plus profond scepticisme, parce que nous n'y voyons pas grand'chose pour l'âme. Sans doute, il ne faut pas négliger le côté matériel de l'existence : il faut mettre le pupille à même de se suffire, quand il sortira de la colonie, en lui apprenant soit l'agriculture, soit un métier quelconque. Mais n'oublions pas que, pour régénérer l'enfant, pour faire de lui un homme au vrai sens du mot, nous devons travailler à fixer profondément dans son cœur un rayon d'espérance et de foi. Si nous atteignons ce résultat, oh, alors, nous aurons résolu le problème !

FIN

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 23 janvier 1900.
Le Recteur,
GASTON BIZOS.

Vu :
Bordeaux, le 17 décembre 1899.
Le Président de la Thèse,
A. MARANDOUT.

Vu :
Le Doyen,
BAUDRY-LACANTINERIE.

BIBLIOGRAPHIE

Annuaire de Législation étrangère.

APPLETON : De la fixation d'un âge d'irresponsabilité pénale.

BARBIER : Codes égyptiens; Le Caire, 1884.

BAUDRY-LACANTINERIE : Précis de Droit civil, 4e édition.

BERTAULD : Cours de Code pénal.

BLACKSTONE : Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre, traduit par l'abbé Coyer.

BLANCHE : Etudes pratiques sur le Code pénal; édition 1888.

BOUTEILLER : Somme rural.

BRUNS : Fontes juris, 1893.

Bulletin de la Société des Prisons, années 1892 et suivantes.

CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : Théorie du Code pénal; édition 1887.

Cinquième Congrès pénitentiaire international, Paris 1895 : Rapports de la quatrième section.

Codigo pénal, 1888.

CUBAIN : Traité de la procédure devant la Cour d'assises; Paris 1851.

DALLOZ : Répertoire alphabétique et Supplément.

— Recueil de Jurisprudence.

DESJARDINS (Albert) : Code pénal russe.

FAUSTIN-HÉLIE : Traité de l'instruction criminelle.

GLASSON : Eléments du Droit français considéré dans ses rapports avec le Droit naturel et l'Economie politique; Paris, 1884.

— Histoire du Droit et des institutions de l'Angleterre.

GRASSERIE : Les Codes Suédois; Paris, 1895.

GUILLAUD : Du Mineur de seize ans devant la loi pénale.

GUILLOT : Paris qui souffre; Paris, 1890.

GARRAUD : Précis de Droit criminel; 4e édition.
— Traité de Droit pénal français.
HAUS : Principes généraux du Droit pénal belge, 2e édition ; Paris, 1874.
LABORDE : Cours de Droit criminel; Paris, 1898.
LACOINTA : Code pénal d'Italie.
LAINÉ : Traité élémentaire de Droit criminel; Paris, 1879.
LASSERRE (Em.) : Etude sur la condition de l'Enfant devant la justice répressive; Bordeaux 1888.
LE SELLYER : Traité de la Criminalité et de la pénalité.
LISZT (Franz Von) : La législation pénale comparée.
LOCRÉ : Législation de la France, Code pénal.
MARTINET et DARESTE : Code pénal hongrois (traduction).
MUYART DE VOUGLANS : Les Loix criminelles.
ORTOLAN : Eléments de Droit pénal; 4e édition.
— Explication historique des Instituts.
PHILASTRE : Le Code annamite; Paris 1876.
POTHIER : Traité des Obligations; Paris, 1821.
Projet de Code pénal pour l'Empire du Japon; Tokio, août 1879.
QUERENET : Condition du Mineur devant la loi pénale.
RAMBAUD : Le Droit criminel romain dans les actes des Martyrs.
REIN (Wilhelm) : Das briminalrecht der Romer.
RODIÈRE : Eléments de procédure criminelle, 1844-1845.
ROSSI : Traité de Droit pénal.
SIREY : Recueil de Jurisprudence.
SOURDAT : Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats; 4e édition, 1887.
TRÉBUTIEN : Cours élémentaire de Droit criminel; Paris, 1854.
VILLEY : Précis d'un cours de Droit criminel; Paris, 1877.
WALTER : Histoire du Droit criminel chez les Romains.
WILLEM-JOAN-VINTGENS : Code pénal des Pays-Bas.

TABLE DES MATIÈRES

Préface 7
Chapitre Ier : Le Mineur dans l'Histoire 11
Chapitre II : Le Mineur dans les diverses législations contemporaines 37
Chapitre III : Le Mineur dans notre législation : vue d'ensemble et examen de trois questions controversées 83
Section I. — Y a-t-il lieu de fixer par une disposition légale un âge d'irresponsabiltié pénale? 84
Section II. — La Minorité pénale devrait-elle être reculée jusqu'à dix-huit ans? 101
Section III. — Ne faudrait-il pas que, de seize à vingt et un ans, les peines fussent adoucies? 130
Chapitre IV : Le Mineur, au point de vue des juridictions appelées à le juger . 137
Section I. — Quelle est la juridiction chargée de statuer sur les crimes et les délits des mineurs de seize ans?. 138
Section II. — Y a-t-il lieu de modifier les règles de procédure pénale qui régissent les poursuites dirigées contre les enfants? 145
Chapitre V : Le Mineur, au point de vue de la question d'âge. 161
Section I. — A quel moment est acquise la majorité pénale?. . . . 161
Section II. — A quel moment faut-il se placer pour déterminer la majorité pénale? 164
Section III. — Qui doit prouver la majorité ?. 166
Section IV. — Quelle est la juridiction compétente pour déterminer la majorité pénale? 171
Chapitre VI : Le Mineur et la question de discernement.. 185
Section I. — Qu'est-ce que le discernement?. 186
Section II. — La question de discernement se pose-t-elle devant toutes les juridictions?. 189
§ 1er. — Le Mineur est traduit devant la Cour d'assises 190
§ 2. — Le Mineur comparait en police correctionnelle. 197
§ 3. — Le Mineur est traduit devant un tribunal de simple police 202
§ 4. — Le Mineur est traduit devant un tribunal d'exception. . . 205
Chapitre VII : De la Sentence 207
Section I. — La réponse est négative sur la question de culpabilité 207
Section II. — La réponse est affirmative sur la question de culpabilité, mais négative sur la question de discernement. . . . 208
§ Ier. — Quelle est la nature de la décision prononcée en faveur du mineur?. 208

§ 2. — Quels sont les effets de cet acquittement? 215
I. — Qui prononce l'acquittement? 216
II. — Peut-on infliger une peine au Mineur déclaré coupable, mais ayant agi sans discernement? 216
III. — Le Mineur acquitté est-il tenu des réparations civiles? . . 223
IV. — Le Mineur acquitté est-il tenu des frais de l'instance? . . . 226
§ 3. — Quelle est la nature de la détention infligée au Mineur malgré l'acquittement? 232
Section III. — La réponse est affirmative et sur la question de culpabilité et sur la question de discernement. 254
§ Ier. — Quelle est la nature de l'excuse en vertu de laquelle est abaissée la peine du Mineur qui a agi avec discernement? . . 255
§ 2. — Quels sont les effets de cette excuse atténuante? 257
I. — L'infraction commise par le Mineur est un crime 258
II. — L'excuse de minorité modifie-t-elle la qualification de l'acte incriminé? 260
III. — L'infraction commise par le Mineur est un délit 283
IV. — L'infraction commise par le Mineur est une contravention 287
CHAPITRE VIII : Récidive 303
Section I. — Le Mineur a agi sans discernement. 303
Section II. — Le Mineur a agi avec discernement 304
§ Ier. — De 1810 à 1824 304
§ 2. — De 1824 à 1832 305
§ 3. — Depuis 1832. 306
CHAPITRE IX : Exécution de la Sentence. 313
Section I. — Avant 1850. 313
Section 2. — Depuis 1850. 317
CONCLUSION. 345
BIBLIOGRAPHIE 351

Damigny-Alençon — Imprimerie H. LORY.

Damigny-Alençon — Imprimerie H. LORY.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'HYPOTHÈQUE

AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE

SUR SA PROPRE CHOSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le 11 Juin 1900, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Pierre BELEGAUD

AVOCAT



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

17 — RUE POQUELIN-MOLIÈRE — 17

(ANCIENNE RUE MONTMÉJAN)

1900

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MM. BAUDRY-LACANTINERIE, ✻, ✪ I., doyen, professeur de *Droit civil*.
SAIGNAT, ✻, ✪ I., assesseur du doyen, professeur de *Droit civil*.
BARCKHAUSEN, O. ✻, ✪ I., professeur de *Droit administratif*.
DE LOYNES, ✪ I., professeur de *Droit civil*.
VIGNEAUX, ✪ I., professeur d'*Histoire du droit*.
LE COQ, ✻, ✪ I., professeur de *Procédure civile*.
LEVILLAIN, ✪ I., professeur de *Droit commercial*.
MARANDOUT, ✪ I., professeur de *Droit criminel*.
DESPAGNET, ✪ I., professeur de *Droit international public*.
MONNIER, ✪ I., professeur de *Droit romain*.
DUGUIT, ✪ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.
DE BOECK, ✪ I., professeur de *Droit romain*.
DIDIER, ✪ I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle*.
CHÉNEAUX, professeur adjoint, chargé des cours de *Droit civil comparé* et de *Droit civil approfondi* (Doctorat).
SAUVAIRE-JOURDAN, agrégé, chargé des cours de *Législation et Économie coloniales* et d'*Économie politique* (Doctorat).
BENZACAR, agrégé, chargé du cours d'*Economie politique* (Licence).

MM. SIGUIER, ✪ A., *secrétaire*.
PLATON, ✪ I., ancien élève de l'Ecole des Hautes Études, *sous-bibliothécaire*.
CAZADE, *commis au secrétariat*.

COMMISSION DE LA THESE

MM. DE LOYNES, professeur, *président*.
LE COQ, professeur, } *suffragants*.
MONNIER, professeur, } *suffragants*.

L'HYPOTHÈQUE AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE

SUR SA PROPRE CHOSE

INTRODUCTION

Un propriétaire peut-il avoir une hypothèque sur sa propre chose ?

L'utilité d'une telle hypothèque peut au premier abord être mise en doute ; l'esprit conçoit difficilement, en effet, l'idée de l'existence, au profit du propriétaire et sur un même immeuble, de deux droits qui semblent s'exclure. Si avec la presque unanimité des auteurs, nous regardons l'hypothèque comme un démembrement du droit de propriété, comment nous représenterons-nous un propriétaire pouvant, en plus de la plénitude de ses droits, se prévaloir des avantages spéciaux accordés par la loi au créancier hypothécaire ? La propriété, dit l'art. 544 du C. civ., « est le droit de jouir et disposer » des choses de la manière la plus absolue » ; c'est le droit réel par excellence, le droit le plus complet comprenant tous

les autres, en un mot la somme de tous les droits réels. Comment dès lors imaginer un propriétaire ayant une hypothèque sur sa propre chose ? Que peut signifier sur sa tête, quelle utilité peut avoir pour lui la qualité de créancier hypothécaire qui se trouve impliquée et absorbée par son titre de propriétaire ?

Il est bien évident que la constitution d'une hypothèque sur un immeuble porte une atteinte sérieuse aux droits du propriétaire de cet immeuble qui se trouve ainsi dépouillé, dans de notables proportions, tout au moins, d'un des éléments de son droit absolu : l'*abusus*. On a fort justement comparé la propriété à un faisceau de tous les droits réels ; or quand un droit réel existe sur une chose au profit d'un tiers, le faisceau se disloque, la propriété est démembrée, tous les droits réels n'étant plus concentrés sur la tête du propriétaire. Mais ce droit réel concédé à un tiers vient-il à lui échapper, à disparaître, le faisceau se reforme intégralement, le droit de propriété reprend toute sa vitalité, toute son étendue et assure à son titulaire la pleine et entière jouissance de tous les droits réels. Il s'opère ainsi une confusion, une consolidation pour ainsi parler, il n'y a plus qu'un propriétaire ayant recouvré l'intégralité de ses droits ; comment alors imaginer un individu ayant sur un même objet, en plus de son droit absolu de propriétaire, une cause quelconque de préférence ?

Nous retrouverions dans la sphère des droits personnels les principes généraux admis en matière de confusion que nous venons d'appliquer en envisageant la réunion de l'hypothèque et de la propriété. Il est, en effet, de principe évident, que deux qualités incompatibles ne peuvent exister chez un même titulaire sans qu'il se produise aussitôt extinction, par

confusion, de l'une d'elles. Ainsi le rapport de droit qui s'établit entre un créancier et un débiteur cesse d'exister lorsqu'une même personne réunit ces deux qualités : la confusion s'opère et l'extinction de l'obligation doit en résulter.

Le principe de la confusion, comme nous le disions plus haut, s'applique également à la théorie des droits réels. On subdivise généralement les droits réels proprement dits en : droits principaux, tels que le droit de propriété, le droit d'usufruit et : droits accessoires comme le gage et l'hypothèque. Les premiers ont une existence indépendante : *per se consistunt*. Les seconds ne peuvent se concevoir que rattachés à un autre droit sans lequel ils ne sauraient subsister, au droit de créance dans les cas de gage et d'hypothèque. Les servitudes constituent encore des droits réels accessoires avec cette acception particulière qu'elles sont inséparables du fonds dominant dont elles constituent une qualité. Tous ces droits réels vont s'éteindre par confusion s'ils se trouvent réunis à la propriété avec laquelle ils sont incompatibles ; le démembrement ne peut coexister séparément sans faire retour au droit complet et s'absorber en ce dernier.

L'application des règles suivies en matière de confusion nous amène donc à conclure qu'on ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose pas plus qu'il ne peut exister au profit du propriétaire un droit d'usufruit sur son propre bien, un droit de servitude sur un fonds lui appartenant. Dans le cas particulier que nous nous proposons d'examiner : celui de la réunion de l'hypothèque et de la propriété, l'extinction de l'hypothèque par confusion semble certaine.

Cependant à ne consulter que l'art. 1251-2° de notre Code civil accordant la subrogation légale « à l'acquéreur d'un

immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué », les principes que nous venons de rappeler semblent recevoir exception.

Les rédacteurs du code civil ont-ils ainsi admis une dérogation au principe de l'extinction de l'hypothèque par sa réunion à la propriété ; cette même exception que nous étudierons dans un certain nombre de textes de notre législation, n'a-t elle pas même existé en droit romain dans le cas où un acquéreur payait son prix aux créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble par lui acquis ? Enfin l'institution organisée en Allemagne par la loi prussienne du 5 mai 1872 et le nouveau code civil de 1896 ne crée-t-elle pas au profit du propriétaire une hypothèque sur sa propre chose, n'apporte-t-elle pas une exception remarquable aux principes de la confusion ?

Telles sont les questions que nous nous proposons d'examiner dans ce travail.

Dans une première partie, nous recherchons dans l'examen de quelques textes si les jurisconsultes romains n'ont pas prévu plusieurs cas d'hypothèque du propriétaire. Dans une étude sur la forme de subrogation connue à Rome sous le nom de *successio in locum creditoris,* nous nous demanderons si l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui emploie son prix d'acquisition à désintéresser les créanciers hypothécaires, n'acquiert pas une hypothèque sur sa propre chose. Nous consacrerons enfin quelques instants à la situation d'un créancier hypothécaire qui se rend acquéreur de l'immeuble grevé.

Nous rechercherons dans une seconde partie si, dans notre législation actuelle, il n'est pas possible de rencontrer plu-

sieurs cas d'hypothèque du propriétaire. Après avoir examiné les espèces prévues par l'art. 1251-2° du code civil et la loi du 13 février 1889, après avoir étudié la situation faite à un créancier hypothécaire acceptant sous bénéfice d'inventaire la succession de son débiteur, après avoir rapidement analysé la disposition de l'art. 1251-4° du code civil, nous consacrerons quelques instants au décret du 9 messidor de l'an III qui, en organisant l'hypothèque préconstituée où hypothèque sur soi-même, développait les deux idées fondamentales des institutions allemandes.

Dans une troisième partie enfin, nous étudierons avec la loi prussienne du 5 mai 1872 et le nouveau code civil allemand de 1896 les institutions du bon foncier et de l'hypothèque du propriétaire; nous en analyserons les applications et nous verrons le puissant intérêt, les immenses avantages que présentent ces deux institutions au point de vue du développement du crédit immobilier.

PREMIÈRE PARTIE

L'hypothèque du propriétaire en droit romain.

Le droit romain a-t-il admis l'existence, au profit du propriétaire, d'une hypothèque sur sa propre chose? On dit habituellement que le droit de propriété et le droit d'hypothèque sont incompatibles et la question que nous venons de poser paraît contraire à la fois au but de l'hypothèque et à la nature du droit de propriété. *a*) Elle est contraire au but de l'hypothèque : le créancier qui se fait délivrer une hypothèque par son débiteur a pour but d'obtenir le paiement sur le prix de la chose hypothéquée : il est difficile de concevoir comment il pourra être payé sur le prix d'une chose qui est dans son patrimoine. *b*) Elle est contraire à la nature du droit de propriété. Le droit de propriété procure, en effet, à son titulaire tous les avantages qu'est susceptible de lui fournir la chose sur laquelle il s'exerce, et on ne voit pas quelle sera pour lui l'utilité d'une hypothèque existant à son profit sur son propre bien. Sans doute, des restrictions peuvent être apportées au droit du propriétaire par l'existence de droits réels accessoires : usufruit, servitudes, hypothèque, mais ces restrictions ne se conçoivent qu'au profit de personnes étrangères; le droit de propriété ne peut être restreint au profit du propriétaire lui-même.

Ces notions, dont l'exactitude semble évidente, ont cependant trouvé de savants contradicteurs. Si le principe de l'hypothèque du propriétaire n'a pas préoccupé les commentateurs français, elle a, en revanche, fortement passionné les romanistes allemands et donné lieu à des théories sur lesquelles nous aurons à revenir. Une thèse, adoptée en Allemagne par de nombreux commentateurs, admet que le droit d'hypothèque peut être réuni au droit de propriété sans se confondre avec lui et peut avoir à côté de ce dernier une existence propre et indépendante. Ces auteurs n'ont pas seulement voulu prétendre que le droit romain avait, dans certaines hypothèses et par mesure d'équité, fait exception au principe de l'extinction de l'hypothèque par confusion après sa réunion au droit de propriété. Ils ont élevé à la hauteur d'un dogme ce qu'ils ont appelé le principe de l'indépendance absolue de l'hypothèque. Nous aurons dans notre troisième partie l'occasion de revenir sur la portée exacte de ces expressions et d'analyser cette théorie nouvelle. Pour le moment, nous allons chercher à analyser les textes qu'on invoque pour conclure à l'existence à Rome d'une hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose. Dans un deuxième chapitre, nous étudierons la forme de subrogation particulière aux Romains, connue sous le nom de *successio in locum creditoris* et, examinant ses effets, nous rechercherons si, en acceptant la théorie de la *successio in jus*, nous ne sommes pas en présence d'un nouveau cas d'hypothèque du propriétaire. Dans un troisième chapitre enfin, nous consacrerons quelques instants à l'étude de la situation faite au créancier hypothécaire qui se rend acquéreur de l'immeuble grevé.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE DES TEXTES

I. On a admis que le droit hypothécaire et le droit de propriété appartenaient au pupille sur les choses que le tuteur avait achetées avec son argent. Cette hypothèse est prévue par la loi 2 Dig., *quando ex facto tutoris*, 26. 9 et la loi 3 Code, *arbitrium tutelae*, 5. 51.

Loi 2 : « Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia » administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel prædia » in nomen suum emerit : utilis actio ei, cujus pecunia fuit, » datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigen- » dam. »

L. 3 : « Si curator post decretum presidis, sublata pecunia » quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi » prædium comparavit : elige, utrum malis in emptione » negotium tibi eum gessisse, an quia in usus suos pecuniae » conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere : secundum » quae judex tutelae judicio redditus, partem religionis » implebit. »

D'après l'opinion la plus généralement admise, ces deux textes prévoient le cas où un tuteur a traité soit en son nom, soit au nom du pupille et reconnaissent au profit du pupille une *actio in rem utilis*. Cette action accordée au pupille pour lui permettre d'entrer en possession des choses acquises par

le tuteur est, disent les auteurs allemands [1], basée sur le droit de propriété qui lui appartient. Mais ce premier point est contestable : c'est un principe certain en droit romain que la chose achetée avec l'argent d'autrui appartient à l'acheteur et non au propriétaire de l'argent : il faut donc reconnaître, dans l'espèce, la qualité de propriétaire au tuteur et non au pupille. De plus, la nature de l'action donnée au créancier : le pupille, prouve qu'il n'est pas propriétaire, car s'il avait eu cette qualité, c'est par l'action directe et non par l'action utile qu'il eût été protégé. L'action utile accordée par les textes n'est pas fondée sur le droit de propriété du pupille auquel nous ne pouvons pas reconnaître la double qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire de la même chose. Du reste, les textes précités ne semblent viser que d'une façon indirecte la question que nous nous sommes proposé de résoudre ; alors même qu'on reconnaîtrait pour fondement à l'action utile accordée au pupille le droit de propriété, il est impossible de lui concéder à la fois un droit de propriété et un droit de créance. Il a seulement l'alternative de se dire propriétaire ou créancier mais ces deux qualités ne lui appartiennent pas simultanément ; il ne peut invoquer que l'une d'elles. La loi 2 Dig., 26. 9 *in fine* est formelle en ce sens.

II. On veut trouver un second exemple d'hypothèque du propriétaire dans la loi 8. C., *de rei vindicatione*, 3. 32 dont nous ne citerons pas le texte *brevitatis causa*. Cette disposition accorde au militaire une action utile pour revendiquer les objets par lui acquis et les partisans de l'hypothèque du

[1] Gluck, *Comm.*, 8, p. 160. — Windscheid, *Pandekten*, p. 225. — Puchta, *Pandekten*, I, p. 9.

propriétaire veulent donner pour fondement à cette action le droit de propriété qu'ils prétendent appartenir au militaire. Il y aurait ainsi réunies sur la tête de ce dernier les qualités incompatibles de créancier hypothécaire et de propriétaire d'une même chose. Mais, comme dans l'espèce précédente, il nous faut faire des réserves et tenir compte de la nature de l'action accordée par le texte ; même au cas où le militaire aurait eu la propriété des objets acquis de ses deniers, il n'aurait pas eu à la fois la double qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire de la même chose, mais simplement le droit, au moment où il veut exercer son action, d'opter entre ces deux qualités.

III. Dans un dernier cas d'application de l'action utile, certains auteurs ([1]) veulent trouver un nouvel exemple de la coexistence, chez un même titulaire, du droit hypothécaire et du droit de propriété.

L'action utile était accordée à la femme mariée :

1° Lorsque le mari avait acheté un objet avec une somme qui lui avait été donnée par la femme (L. 55, D., *de donat. inter vir. et uxor.*, 24. 1).

2° Lorsqu'il avait fait une acquisition avec des deniers dotaux (L. 54, Dig., *de jure dot.*, 23. 3).

3° Lorsqu'après la dissolution du mariage, la femme demandait la restitution des biens dotaux (L. 30, C., *de jure dot.*, 5. 12).

Voilà donc, dans ces trois hypothèses, la femme munie d'une action utile qui la rend créancière de son mari ; si, d'un autre côté, on admet qu'elle soit propriétaire des biens dotaux,

([1]) Von Wening Ingenheim, *Das Pfandrecht an eigener Sache*. — Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, I, p. 651.

voilà bien un cas de réunion sur la même tête des qualités de créancier et de propriétaire de la même chose. Mais l'attribution à la femme de la qualité de propriétaire des biens dotaux prête aux plus sérieuses controverses : l'examen du titre VIII du livre II des *Institutes* permet de conclure que, du temps de Justinien, la femme n'avait aucun droit de propriété sur les biens dotaux ; elle se trouve ainsi simplement munie d'une action utile pour obtenir le recouvrement de ces biens.

IV. Par la constitution impériale *Communia de legatis*, C. 6. 43, Justinien accordait à tout légataire, pour obtenir le paiement de son legs, quelle qu'en fût la forme, le choix entre l'action personnelle, l'action hypothécaire et la revendication. De l'octroi au légataire de ces deux dernières actions, un auteur allemand (1) avait voulu conclure à sa double qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire de la chose faisant l'objet du legs. Il est presque inutile d'ajouter que le légataire n'a pas ici cette double qualité mais seulement, comme le pupille et le soldat, le choix entre deux actions ; au moment d'agir, il peut, suivant les circonstances et à son choix, se considérer comme propriétaire ou comme créancier hypothécaire.

V. Certains commentateurs du droit romain (2) ont prétendu rencontrer un nouveau cas d'hypothèque du propriétaire dans la disposition de la L. 3, C., *de secund. nuptiis*, 5. 9 connue plus généralement sous le nom de loi *Feminæ quæ*. Cette disposition des empereurs chrétiens obligeait la femme qui con-

(1) Gedult von Jungenfeld, *Ueber das Pfandrecht an eigener Sache*, p. 50.

(2) Wening Ingenheim, *loc. cit.*, p. 150 ; Bachofen, *Das ræmische Pfandrecht*, p. 94.

volait à de secondes noces à rendre à ses enfants du premier lit tous les avantages qu'elle avait reçus de leur père. Pour assurer aux enfants le recouvrement de ces *lucra nuptialia*, une constitution de l'empereur Léon que nous trouvons au code dans la loi 6, *de secund. nupt.*, 5. 9, leur accordait une hypothèque générale sur tous les biens de leur mère. Plus tard, en 535, la novelle 2 leur attribuait la nue propriété des *lucra nuptialia*. N'étaient-ils pas désormais créanciers hypothécaires et propriétaires des mêmes biens? La négative est certaine, car les deux qualités réunies sur leur tête ne s'appliquaient pas aux mêmes biens. L'hypothèque générale concédée par l'empereur Léon ne pouvait grever que les biens faisant partie du patrimoine de leur mère et les *lucra nuptialia*, du jour où la propriété en fut attribuée aux enfants, cessèrent de faire partie de ce patrimoine. Si donc, les enfants du premier lit réunissaient la double qualité de propriétaires et de créanciers hypothécaires, cette qualité n'avait pas pour objet les mêmes biens.

VI. La loi 30, § 1, Dig., *de exceptione rei judicatæ*, 44. 2, a, au point de vue de la confusion du droit d'hypothèque et de la propriété, une importance incontestable. Dans ce texte Paul suppose l'hypothèse suivante : Titius et Mævius sont en différend au sujet d'une succession : une transaction intervient et Titius, véritable héritier, concède à son adversaire, avec plusieurs objets provenant de la succession, un fonds qui lui appartient en propre. Ce fonds a été hypothéqué autrefois à un aïeul de Mævius et à un second créancier : Mævius ignore l'existence de ces sûretés. La transaction opérée, le second créancier hypothécaire exerce l'action servienne contre Mævius qui, ignorant toujours l'hypothèque antérieurement consentie

à son aïeul, succombe dans l'instance. Un peu plus tard, il découvre l'existence de cette hypothèque dont il aurait pu, en sa qualité de représentant de son aïeul, se servir utilement. Pourra-t-il dès lors actionner Titius en se basant sur l'existence à son profit d'un droit hypothécaire?

Si l'effet de la confusion n'a pas reçu d'exception dans cette espèce, le droit hypothécaire accordé à l'aïeul de Mævius a disparu par la réunion, sur la tête de son descendant, de la double qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire de la même chose. Et cependant Paul n'hésite pas à se prononcer pour la survivance du droit hypothécaire qui s'est ainsi trouvé réuni à la propriété sans se confondre avec elle; il y aurait donc, dans l'espèce, un cas d'hypothèque du propriétaire ?

La solution de Paul a donné lieu à de nombreuses controverses. Les premiers interprètes du droit romain, les glossateurs, en reconnaissent l'étrangeté; ils ne peuvent admettre la coexistence, sur la tête de Mævius, du droit de propriété et du droit hypothécaire, et, pour justifier leur assertion, soutiennent que la propriété n'a pas été valablement transmise à Mævius, par ce fait que la vente a été viciée par une erreur de la *causa traditionis*. Cette explication ne peut suffire devant l'affirmation donnée par Paul « numquid pignoris jus extinctum sit *dominio acquisito* ». La validité de la transmission de la propriété faite au profit de Mævius ne fait donc aucun doute pour le jurisconsulte romain.

Les partisans de la doctrine nouvelle de l'hypothèque-propriété, éprouvent en présence de cette loi 30 Dig. de grandes difficultés pour faire triompher leur théorie condamnée *a priori* par ce passage de Paul : « Neque enim potest pignus

perseverare domino constituto creditore ». Aussi Kulmann [1] s'appuyant sur l'expression de « *pignus* » trouvée dans le texte, prétend qu'il ne doit pas s'agir, dans l'espèce, d'une hypothèque, mais bien d'un gage. Rien ne prouve la validité d'une telle affirmation, car après l'admission à Rome de l'hypothèque, l'expression de *pignus* a toujours été employée pour caractériser la sûreté réelle générale, pour désigner indifféremment l'hypothèque ou le gage.

Dernburg [2] rejette l'idée de la survie de l'hypothèque à l'acquisition de la propriété ; il reconnaît bien à Mævius l'exercice de l'action hypothécaire, mais soutient que le droit hypothécaire a disparu et explique par ce détour le texte de Paul qui se refuse à admettre dans la loi 30 Dig. un cas d'hypothèque du propriétaire.

Malgré tout le crédit qu'ont pu obtenir ces diverses opinions, nous croyons qu'il faut ici aller plus loin et reconnaître dans l'espèce de la loi 30 une première exception apportée au principe de l'extinction par confusion des droits réels, un premier cas d'hypothèque du propriétaire. Cette exception aux règles du droit strict est, du reste, suffisamment justifiée par les considérations d'équité qui servent de fondement à toutes les dérogations apportées aux principes par le droit romain. En effet, que demande le créancier en exerçant son action hypothécaire ? Il poursuit le remboursement de sa créance ou réclame la détention de l'objet qui lui était hypothéqué. L'extinction de l'hypothèque par confusion ne peut

(1) Kulmann, *Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen ræmischen Rechts*, p. 45.

(2) Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsatzen des heutigen ræmischen Rechts*, II, p. 272.

lui être opposée qu'autant que la disparition de la sûreté ne porte aucune atteinte aux règles sacrées de l'équité. Tel n'est pas le cas ici, car il y a eu dette contractée et l'équité exige que tant qu'il n'y a pas eu paiement ou qu'il n'a pas été donné satisfaction au créancier (quels que soient d'ailleurs les rapports nouveaux qui existent entre le créancier et le débiteur) la dette subsiste et avec elle l'action garantissant le paiement. La réunion, sur la tête de Mævius, de la double qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire de la même chose trouve donc sa justification dans le respect de l'équité qui poussait les jurisconsultes romains à mettre leur théorie en conformité avec les nécessités de la pratique. Malgré la transmission du droit de propriété opérée au profit de Mævius, celui-ci conservera sur son propre bien le droit hypothécaire qui avait été concédé à son aïeul, dont il se trouve le représentant. En lui permettant d'exercer sur sa propre chose sa cause de préférence, les juristes romains ont voulu le mettre à l'abri des poursuites des autres créanciers hypothécaires ; c'était le seul moyen de sauvegarder l'intégralité de ses intérêts. Du moment que son droit de propriété pouvait se trouver anéanti et impuissant contre les poursuites d'un créancier hypothécaire, il fallait lui donner un moyen défensif ; c'est ce que le droit romain a fait en lui conservant son droit hypothécaire.

VII. Un autre texte de Paul, la loi 59 Dig. *Ad S. C. Trebellian.*, 36. 1, nous fournit l'exemple d'une solution analogue à la précédente. Un créancier hypothécaire est institué héritier par son débiteur à charge de restituer l'héritage à la fille du testateur. La succession paraissant désavantageuse, le créancier ne fait adition que sur l'ordre du préteur, puis

restitue les objets héréditaires. La qualité de créancier hypothécaire de l'institué va-t-elle disparaître par suite de la réunion, entre ses mains, du droit de propriété et du droit d'hypothèque? Paul répond par la négative et accorde au créancier devenu propriétaire l'exercice de son droit hypothécaire. Nous nous trouvons donc en présence d'un second cas d'hypothèque du propriétaire.

Kulmann (*loc. cit.,* p. 57) trouve dans ce texte un argument décisif en faveur de sa doctrine et prétend que tant que la restitution des biens successoraux n'a pas été opérée, l'institué est à la fois propriétaire et créancier hypothécaire de la même chose. Il tire de ces mots du texte « *possidet quasi creditor* » l'indication que le créancier fiduciaire a sur l'objet hypothéqué des droits plus étendus que ceux résultant de la *nuda proprietas*. D'un autre côté, Paul lui conserve son action hypothécaire; voilà donc bien une exception au principe de l'extinction de l'hypothèque par confusion, et le commentateur allemand ne perd pas l'occasion d'utiliser cette circonstance pour prétendre que l'hypothèque n'accompagne plus aucune créance et pour faire triompher la théorie de l'indépendance de l'hypothèque.

Il nous faut remarquer que l'hypothèque n'a pas ici toute l'indépendance que lui attribue Kulmann; elle reste l'accessoire d'une créance naturelle ayant survécu à la confusion du droit hypothécaire par sa réunion à la propriété : « *Propter pignus*, dit Paul, *remanet obligatio* ». On peut, de plus, faire une objection à Kulmann : pourquoi n'a-t-il pas rapproché cette loi 59 Dig., 36. 1 de la loi 30 Dig., 44. 2? Ce rapprochement aurait pu offrir un puissant intérêt; pourquoi, d'autre part, voit-il, dans le dernier de ces textes, une cons-

titution de gage et dans le premier une hypothèque, alors que, dans les deux espèces, Paul se sert de la même expression : « *Pignus* »?

Pour nous, nous nous refusons à voir, dans l'un et l'autre de ces cas, une application de la théorie nouvelle de l'indépendance de l'hypothèque. Quant à la réunion, sur la tête du créancier fiduciaire, de la double qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire de la même chose, elle paraît difficile à rejeter. Nous sommes ici en présence d'une nouvelle exception apportée aux principes de la confusion, d'un nouveau triomphe de l'équité sur la *rigor juris*. Un auteur allemand, Bruns (d'après Kulmann, p. 57), pose, en matière de confusion, une distinction qui semble résoudre les problèmes que nous nous sommes posés : « Le droit d'hypothèque, dit-il, ne s'éteint pas irrévocablement lorsqu'il est réuni à la propriété. L'extinction ne doit léser aucun intérêt et ne doit s'opérer que si elle n'entraîne la perte d'aucun droit ».

Or, dans l'espèce de la loi 59, le créancier, héritier fiduciaire, n'a pas une véritable vocation héréditaire et n'a aucun droit de disposition sur la fortune du testateur. En entrant en possession sur l'ordre du préteur, il n'a fait qu'une simple formalité : son acceptation ne doit lui causer aucun préjudice pas plus que lui procurer aucun gain. Si, appliquant les règles générales de la confusion, on lui retirait son action hypothécaire par cela seul qu'il a fait adition d'hérédité et a pu acquérir une propriété plus ou moins complète, l'institué se trouverait exposé, après l'exécution du fidéicommis, à se voir dépouillé de sa créance et dans l'impossibilité d'obtenir le paiement. La stricte sauvegarde de ses intérêts exigeait

ainsi cette deuxième dérogation au principe de l'extinction de l'hypothèque par sa réunion au droit de propriété.

L'examen des textes nous permet donc de conclure qu'en principe la réunion, sur la même tête, de la double qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire d'une même chose, la notion de l'hypothèque au profit du propriétaire sur son propre bien, est inconcevable en droit romain. Les effets ordinaires de la confusion en matière de droits réels se produisent et l'hypothèque disparaît par sa réunion à la propriété. Quant à la nature propre de la confusion, les jurisconsultes ont souvent observé qu'elle ne constituait pas un véritable mode d'extinction des droits réels ; la réunion d'un de ces droits à la propriété n'atteint pas l'existence même du droit réel, mais crée simplement une impossibilité de fait, un obstacle à l'exercice de ces droits. Par l'effet de la confusion, pour employer l'expression de Pothier, l'hypothèque sommeille mais n'est pas éteinte. Une solution qui, en la matière, nous paraît fort juste, consiste à dire que la confusion constitue bien un mode d'extinction des droits réels mais que l'extinction, au lieu de se produire par le fait même de la réunion, sur la même tête, des deux qualités incompatibles, est subordonnée à l'expression de la volonté du créancier. Si les circonstances sont telles que, par l'acquisition de la propriété, le créancier soit censé avoir renoncé à sa créance hypothécaire, il y a extinction ; si les circonstances ne permettent pas, au contraire, de présumer une telle abdication, la confusion n'entraîne pas l'extinction du droit hypothécaire, l'état juridique antérieur est maintenu.

Cette distinction qui repose sur l'équité nous paraît pleinement justifier la règle générale et expliquer les deux dérogations au principe de la confusion que nous avons rencontrées dans les lois 30 Dig., 44. 2 et 59 Dig., 56. 1. C'est encore la stricte sauvegarde des intérêts de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui emploie ses deniers à désintéresser les créanciers hypothécaires qui va nous fournir, dans l'étude de la subrogation romaine, un troisième cas d'hypothèque du propriétaire.

CHAPITRE II

ÉTUDE DE LA « SUCCESSIO IN LOCUM CREDITORIS »

Une des théories les plus fécondes de notre code civil est celle de la subrogation personnelle; par là, on désigne toute substitution d'un tiers à un créancier, opérée par une cause juridique quelconque et par suite de laquelle ce tiers est autorisé à exercer pour son propre compte et dans son intérêt personnel tout ou partie des droits et actions du créancier. Il n'y a pas là une institution propre au droit français, mais l'adaptation, presque la copie d'une théorie du droit romain : cependant lorsqu'on étudie les textes de la législation romaine relatifs à cette matière, on s'aperçoit qu'ils ont deux qualifications très différentes pour caractériser ce que nous appelons aujourd'hui la subrogation; tantôt, en effet, ils parlent du bénéfice *de cession d'actions* (L. 39, D., *de fidejussoribus*, L. 14 C., *de fid.*); tantôt, au contraire, ils parlent *d'une successio in pignus, successio in locum creditoris* (L. 20-4°, D., *qui potiores in pignore*). Il paraît donc bien que les Romains ont eu deux théories distinctes là où nous n'avons qu'une institution unique : la subrogation. Cette affirmation a été parfois contestée; on a prétendu que la distinction indiquée ci-dessus dans la terminologie des textes était sans conséquence théorique ou pratique; sous deux étiquettes différentes, on ne voit qu'une seule et même institution juridi-

que. Il y a là une erreur manifeste; il est impossible de ne pas reconnaître que la *successio in locum creditoris* a bien été une institution originale; par ces mots, les Romains ne désignaient pas seulement certains cas spéciaux de subrogation, mais bien une conception particulière de la subrogation et de ses effets. La *successio in locum creditoris* est donc une institution propre et différente de la cession d'actions.

Ces deux formes de la subrogation romaine différaient par le plus ou moins de faveur que méritaient les diverses personnes ayant droit à la subrogation. Les unes se trouvent payer une dette qui en totalité ou en partie est celle d'autrui mais au paiement de laquelle elles se trouvent obligées principalement ou accessoirement. C'est le cas d'un coobligé, d'un débiteur accessoire, d'un tiers détenteur; s'ils paient, c'est forcément et malgré eux.

Au contraire, le créancier hypothécaire qui s'assure une situation meilleure en payant le créancier qui le précède, le tiers qui a prêté de l'argent au débiteur pour désintéresser un créancier hypothécaire, l'acquéreur qui veille à ce que son prix soit employé à désintéresser ceux auxquels l'immeuble était affecté ne subissent aucune nécessité; ils n'étaient nullement forcés à l'opération qu'ils consentent volontairement et en agissant ils ont en vue leur intérêt propre.

Partant de cette distinction, il était juste d'arriver à des conclusions différentes, d'aboutir à un mode de protection plus ou moins efficace. C'est ce que faisait le droit romain.

Aux premières personnes, payant non en vue de leur intérêt personnel mais par nécessité, il y avait lieu de procurer un recours aussi énergique et complet que possible. Par la *cession d'actions,* toutes les sûretés du créancier qu'elles dé-

sintéressent leur seront cédées et elles s'en serviront sans autre limite que l'équité.

Au contraire, agit-on en vue de son intérêt propre, il est raisonnable que les effets de la subrogation se trouvent limités par cet intérêt même et dans ce cas les Romains accordaient, moyennant certaines conditions, la *successio in locum*. Les hypothèses de *successio in locum*, très voisines des cas de subrogation prévus par notre code civil, pouvaient se ramener à quatre :

1° Tout créancier hypothécaire a le droit d'offrir paiement intégral en temps et lieu opportun à tout autre créancier ayant hypothèque sur le même bien. Ce paiement entraîne une *successio in locum*; c'est l'hypothèse du *jus offerendæ pecuniæ* (L. 11, Dig., *qui potiores in pignore*, 20. 4).

2° Un débiteur veut se délivrer d'un créancier exigeant, il emprunte à un tiers, dans le but de payer ce créancier, le paiement a lieu dans certaines conditions, il y a *successio in locum* au profit du tiers prêteur (L. 12, D., *qui potiores in pignore*, 20. 4).

3° Un tiers acquéreur d'un bien hypothéqué paie les créanciers ayant hypothèque sur ce bien; il a l'émolument d'une *successio in locum creditoris* (L. 17, D., 20. 4).

4° Un créancier fait une novation avec le débiteur et convient que la chose demeurera hypothéquée pour la nouvelle dette; ici encore les textes parlent d'une *successio in sui ipsius locum* (L. 3, Dig., 20. 4).

Sans examiner les relations de filiation ayant pu exister entre ces divers cas de *successio in locum* et les hypothèses de subrogation visées par notre art. 1251, nous limiterons notre étude à l'examen de la *successio in locum* organisée

par le droit romain au profit de l'acquéreur, ce qui nous permettra un rapprochement avec les termes de notre art. 1251-2°, et nous autorisera à conclure à l'origine romaine de notre subrogation au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué. Elle était établie par deux textes ainsi conçus :

« *Eum qui a debitore suo prædium obligatum comparavit, eatenus tuendum quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit* » (L. 17, D., *qui potiores*, 20. 4).

« *Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes* » (L. 3, C., *de his qui in priorum creditorum*, 8. 19).

Il résulte donc de l'examen de ces deux textes que l'acquéreur d'un bien hypothéqué qui emploie son prix d'acquisition à désintéresser les créanciers hypothécaires est subrogé, en vertu de la *successio in locum*, aux droits de ces créanciers désintéressés. Mais si le principe de la subrogation ne fait de doutes pour personne, la nature de la *successio in locum* et ses effets donnent lieu à de sérieuses controverses et à des systèmes divergents.

Dans une première opinion qui a souvent été donnée comme explication à notre subrogation, la *successio in locum* opère au profit du *succedens* une cession de la créance et de l'hypothèque qui en forme la garantie [1] et cette cession s'opère, même sans le consentement du créancier désintéressé. Si ce créancier refuse de consentir la subrogation, le

[1] Haubold, *De jure offerendi*, IV, 2, p. 601; Renusson, *De la subrogation*, V, 2.

juge devra la considérer comme s'étant produite. — Cette théorie n'invoque pas à son appui d'arguments directs et reste soumise à toutes les objections : les textes relatifs à la *successio in locum* ne supposent en aucun endroit la cession qui sert de base à cette explication. Aucun ne mentionne pour le créancier l'obligation de céder sa créance au moment du paiement. Lorsqu'il s'agit, au contraire, du bénéfice de *cession d'actions,* l'idée de cession est très nettement indiquée (L. 17, D., *de fidej.,* 56. 1). D'autre part, s'il s'agissait d'une *cession d'actions,* l'acquéreur ne pourrait agir qu'au moyen d'une *procuratio in rem procuratoris,* d'une action donnée *utilitatis causa;* en effet, en droit romain aucun transport d'actions ne se comprend sans l'un ou l'autre de ces procédés; or, nous voyons, au contraire, le bénéficiaire d'une *successio in locum* agir par une action directe en vertu d'un droit propre. — De plus, le résultat de la *successio in locum* dans cette première opinion paraît au moins étrange. Comment expliquer, en effet, que l'acquéreur qui n'a payé que sa propre dette devienne, par le fait seul de sa libération, titulaire d'un droit de créance qui lui était absolument étranger?

Une autre explication de la *successio in locum* est basée sur une idée qui, dans ces temps derniers, a fait fortune en Allemagne : l'idée de l'indépendance de l'hypothèque. Cette sûreté n'est plus considérée comme un démembrement du droit de propriété, mais bien comme un droit principal, absolument distinct de ce droit, jouissant d'une individualité propre, existant *per se,* libre de tous liens avec la créance dont il forme la garantie; dès lors la réunion de ces deux droits n'opère plus confusion. L'effet de la *successio in locum* se

trouve donc être le suivant : le paiement fait au créancier hypothécaire éteint la créance ; l'hypothèque qui garantissait l'exécution de cette créance n'en continue pas moins à subsister seule, indépendamment de toute obligation principale. Elle fait retour au propriétaire qui l'a constituée et celui-ci, en en recouvrant la libre possession, peut à son gré en disposer au profit du tiers acquéreur qui a désintéressé les créanciers hypothécaires. Cette thèse ingénieusement développée par Becmann ([1]) et Kulmann ([2]) qui nous demandera de longues explications dans notre étude sur l'hypothèque du propriétaire en Allemagne, ne paraît pas acceptable en matière de *successio in locum*. Il paraît, en effet, contraire aux principes du droit romain en matière hypothécaire de considérer l'hypothèque comme un droit absolument indépendant de la créance dont elle forme la garantie. L'hypothèque à Rome, comme dans notre droit, ne peut exister sans une créance dont elle est l'accessoire.

En écartant, dès l'abord, ces deux systèmes qui ne comptent que peu de partisans, nous trouvons sur la nature de la *successio in locum* deux dernières opinions qui ont réuni les adhésions de la plupart des commentateurs, qui s'appuient sur des textes divers et entre lesquels il faut prendre parti.

Dans le premier de ces systèmes qui compte les défenseurs les plus autorisés ([3]), le paiement fait au créancier éteint à la

([1]) Bernhard Becmann, *De successione creditoris in alterius et ipsius locum*, § 18.

([2]) Kulmann, *Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsalzen des heutigen rœmischen rechts.*

([3]) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 463 et suiv. ; Beauregard, *Du paiement avec subrogation*, p. 86 ; Appleton, *Résumé du cours de droit romain*, II, p. 209 ; Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsalzen des heutigen rœmischen rechts*, II, p. 490.

fois la créance et l'hypothèque. La *successio in locum* a le seul effet de donner au nouveau créancier : le *succedens,* le droit de se prévaloir du rang de l'hypothèque qui appartenait au créancier désintéressé. Le *succedens* ne se trouve ainsi subrogé qu'au rang hypothécaire de ce créancier. Nous aurons à revenir sur les arguments qui nous poussent à rejeter cette opinion et à adopter le dernier des systèmes d'après lequel le paiement fait au créancier éteint son action mais fait passer au *succedens,* par l'effet de la *successio,* l'hypothèque attachée à la garantie de la créance remboursée. Donc, d'après la dernière opinion résumée par Pothier [1] et défendue par les interprètes les plus autorisés [2], le paiement effectué par l'acquéreur d'un bien hypothéqué a pour effet d'éteindre l'action du créancier désintéressé qui désormais n'a plus aucun droit à faire valoir et de transmettre à cet acquéreur l'hypothèque grevant le bien par lui acquis. Nous n'avons plus, comme dans le système précédent, une subrogation au rang hypothécaire mais bien une subrogation à l'hypothèque elle-même qui continue à grever l'immeuble faisant l'objet de l'acquisition ; l'acquéreur va se trouver ainsi nanti d'une hypothèque sur sa propre chose.

Cette dernière thèse explique parfaitement l'opération qui se produit au cas de *successio in locum* au profit de l'acquéreur qui emploie son prix au paiement des premiers créanciers hypothécaires. L'hypothèque de ces créanciers profitera à l'acquéreur à concurrence des sommes qu'il aura payées.

A l'appui de cette opinion, on peut encore invoquer plu-

[1] Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans,* XX, n. 80.

[2] Demolombe (cours du code Napoléon, t. IV, n. 301). — Accarias, *Précis de droit romain,* I, n. 288.

sieurs textes dans lesquels l'opération qui intervient en cas de *successio in locum* est désignée par l'expression de « *successio in jus* » (L. 3, D., *quae res pignori vel hyp.*, 20. 3. — L. 3-4, C., *de his qui in priorum cred.*, 8. 19). Dans ces textes nous lisons : *non aliter in jus prioris succedet*, et encore : *in jus eorum successisti*. De telles expressions semblent ne pas émettre le moindre doute sur la nature de la subrogation : du moment qu'il y est question d'une *successio in jus*, il nous semble difficile de ne pas admettre au profit de l'acquéreur une subrogation au droit lui-même, une transmission à son profit de l'hypothèque elle-même et de vouloir limiter ses droits au bénéfice d'un simple rang hypothécaire. Il est vrai, nous oppose-t-on (¹), que l'expression la plus usitée dans les textes « *successio in locum* » semble indiquer une succession au rang hypothécaire ; impossible d'indiquer plus nettement qu'il y a simple occupation d'une place laissée vide par le paiement. Cet argument ne nous émeut guère, car l'expression très générale de *successio in locum* désignant une institution dans son ensemble ne saurait combattre efficacement les textes plus spéciaux visant l'effet même de la *successio*. Le résultat constaté par ces textes est bien une *successio in jus*, une subrogation au droit lui-même et il nous paraît difficile d'admettre, en présence des textes disant que l'acquéreur *succedit in jus creditoris*, que les jurisconsultes romains ont voulu parler d'un subrogation au simple rang hypothécaire. Ce premier argument tiré des considérations générales est, du reste, confirmé par l'étude approfondie de la *successio in locum* et par des textes formels.

(¹) Challamel, thèse de doctorat. Paris, 1878, n. 458 ; Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 470

Il est établi, en effet, par de nombreux textes (L. 3, D., *quae res pign.,* 20. 3. — L. 2, D., *de pigneratitia actione.* — L. 1, C., *de his qui in priorum,* 8. 19), que dans tous les cas de *successio in locum,* le *succedens,* pour se prévaloir du bénéfice de la subrogation, doit avoir une hypothèque ou un droit réel préexistant. Si l'on admet, en effet, que le simple résultat de la *successio in locum* soit de faire bénéficier le *succedens* du rang hypothécaire qu'avait le créancier par lui désintéressé, il faut reconnaître que pour que cet effet de la *successio* se manifeste, il est indispensable que le *succedens* ait déjà une hypothèque ou un droit réel préexistant. La subrogation au rang hypothécaire sans transmission de l'hypothèque deviendrait purement illusoire si cette condition venait à manquer et l'on se demande quel bénéfice un *succedens,* n'ayant aucune cause de préférence antérieure, retirerait de la succession au rang hypothécaire, avantage qu'il ne peut utiliser qu'autant qu'il a par lui-même une cause de préférence. Cette nécessité pour le *succedens* d'avoir une hypothèque antérieure ou un droit quelconque de préférence est consacrée par plusieurs textes (L. 3, D., *quae res pign.,* 20. 3. — L. 2, D., *de pigneratitia actione*). La L. 1, C., *de his qui in priorum,* 8. 19 contient notamment un rescrit de l'empereur Sévère qui refuse la *successio in locum* à un prêteur pour la raison qu'il n'y a pas eu constitution d'hypothèque antérieure au prêt consenti. Dans l'opinion qui donne pour effet à la *successio in locum* d'opérer la subrogation au simple rang hypothécaire du créancier désintéressé, il faut donc, pour que le *succedens* retire quelque avantage, qu'il y ait eu constitution d'une hypothèque antérieure. Mais alors comment expliquer le cas particulier de *successio in locum* que nous

étudions, celui que l'on reconnaît à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué? Dans cette espèce, les textes ne font aucune allusion à l'obligation, pour l'acheteur, d'avoir une hypothèque sur l'objet qu'il acquiert, et, en fait, il n'aura le plus souvent aucune hypothèque pouvant profiter du rang appartenant au créancier. Les expressions des textes supposent, au contraire, qu'aucune constitution d'hypothèque n'est intervenue et dès lors sur quoi le *succedens* fera-t-il porter le rang hypothécaire que lui concède la subrogation? Pour que la *successio in locum* produise un résultat dans l'hypothèse la plus fréquente de subrogation, il faut donc admettre que le paiement fait par l'acquéreur opère la transmission non seulement du rang hypothécaire mais encore de l'hypothèque elle-même, sans quoi le *succedens* ne retirera aucun avantage du paiement.

La loi 7, D., *de rebus eorum qui sub tutela vel curat. sunt*, 27. 9, nous fournit encore un argument. Un tuteur ne peut, en principe, hypothéquer sans décret du magistrat le fonds du pupille; dans la loi 7 on suppose qu'un tiers, ayant prêté au tuteur de l'argent pour désintéresser un créancier hypothécaire du pupille, obtient la *successio in locum* et bénéficie de l'hypothèque du créancier désintéressé avec les deniers prêtés. Ce résultat n'est possible qu'en supposant un transfert de l'hypothèque. En effet, on ne saurait admettre qu'il y ait eu constitution d'une nouvelle hypothèque, puisque le texte suppose qu'on n'a pas eu recours aux formalités essentielles à cette constitution. Le tuteur peut, sans décret, consentir une *successio in locum*, il ne pourrait dans les mêmes conditions constituer hypothèque; la conclusion qui s'impose est la suivante : c'est que la *successio in locum* ne suppose pas une

constitution d'hypothèque mais un simple transfert de ce droit. Dès lors, si on reconnait pour l'hypothèse spéciale de la *successio in locum* au profit d'un prêteur de deniers sa subrogation à l'hypothèque du créancier désintéressé, le transfert à son profit du droit lui-même, pourquoi vouloir dans les autres cas limiter les effets de la *successio* et notamment ne reconnaître à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué que la succession au rang hypothécaire.

Un second texte de Scævola (L. 38, D., *de legatis*, 32. 3) nous fournit l'hypothèse suivante : Un père, après avoir hypothéqué des immeubles, laisse à son fils en mourant ses biens. Il lui défend de les aliéner ou de les vendre en lui ordonnant de les conserver pour les enfants qu'il aurait en justes noces et ses autres cognats. Le fils, afin de désintéresser un créancier hypothécaire du père, a emprunté et a transféré, de l'ancien créancier au nouveau, les biens à titre de gage. Le jurisconsulte se demande si le gage est valablement constitué, et il répond affirmativement. Il se demande encore si le fils ayant vendu les immeubles, afin de payer les créanciers héréditaires, l'acheteur les a régulièrement achetés. Le jurisconsulte répond que la vente est régulière si, dans l'hérédité, il n'y a pas d'autres valeurs avec lesquelles le passif héréditaire a pu être payé.

De la solution donnée par le jurisconsulte, il nous est facile de déduire un argument en faveur de notre système : le fils avait reçu défense d'hypothéquer, il avait reçu un fidéicommis. Il emprunte pour acquitter les dettes hypothécaires du père : naturellement, *transtulit pignora ad sequentem creditorem,* il y a une hypothèque valable ; c'est donc que le fils n'a pas nouvellement hypothéqué et n'a fait que conférer

l'ancienne garantie hypothécaire. Le mot transférer l'indique bien, et nous trouvons ici, pour un cas spécial de *successio in locum,* le transfert du droit hypothécaire lui-même. L'idée d'un transfert de l'hypothèque, qui s'impose ici pour expliquer la solution du texte de Scævola, ne peut donc pas être considérée comme incompatible avec l'esprit de la législation romaine. Pourquoi désormais ne pas vouloir conclure que ce transfert du droit hypothécaire peut servir d'explication aux différents cas de *successio in locum creditorum?*

En résumé, d'après l'examen des textes et l'étude des applications de la *successio in locum,* nous n'hésitons pas à adopter la théorie qui donne pour effet à la subrogation romaine d'opérer, au profit du *succedens,* le transfert de l'hypothèque elle-même; nous nous rangeons à la doctrine de la *successio in jus* pour repousser celle de la *successio in locum* (*stricto sensu*).

Avec cette dernière opinion qui, comme nous l'avons vu, se trouve conforme aux textes, et qui, seule, peut expliquer la *successio in locum* au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, nous nous rapprochons de la théorie de notre code civil, en matière de subrogation. On décide généralement, en effet, que l'acquéreur payant de ses deniers les créanciers hypothécaires obtient, par la subrogation, une hypothèque sur l'immeuble qui lui a été transmis ; l'art. 1251-2° accorde ainsi à l'acquéreur une hypothèque sur sa propre chose. Mais à la différence de la subrogation de notre Code civil, qui se produit de plein droit, sans aucune condition, le droit romain ne connaissait pas de cas de subrogation légale et la *successio in locum,* pour produire son effet au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, devait remplir plusieurs conditions essentielles.

1° Les lois 17 Dig., *qui potiores in pignore* — et L. 3, C., *de his qui in priorum creditorum,* 8. 19 exigent que le prix dû par l'acquéreur soit remis aux premiers créanciers hypothécaires. Elles n'obligent pas l'acheteur à effectuer lui-même le versement, mais, dans son intérêt, il était préférable qu'il payât directement, car si la personne chargée de faire le paiement ne s'acquittait pas de sa mission, la *successio in locum* ne pouvait pas se produire.

2° La l. 3, C., *de his qui in prior.,* 8. 19 exige que l'emploi du prix ait été convenu à l'avance. Sans cette condition, il eût été difficile de savoir si le paiement avait été effectué avec les deniers de la vente et si l'acheteur avait eu l'intention de désintéresser les créanciers pour se procurer le bénéfice de la *successio in locum.*

3° Dans l'opinion qui voit dans la *successio in locum* une simple subrogation au rang hypothécaire, une troisième condition est indispensable. Nous avons vu, en effet, que dans ce système, la *successio in locum* ne produira d'effet qu'autant que le *succedens* aura préalablement acquis un droit d'hypothèque sur la chose ou un droit réel. Comment, en effet, pourrait-il bénéficier d'un rang qui ne saurait s'exercer sans objet? Les partisans de ce système exigent donc que le paiement ne soit effectué par l'acquéreur qu'après la tradition; auparavant celui-ci n'a aucun droit réel qui puisse bénéficier des prérogatives attachées à l'hypothèque du créancier *dimissus.* Pour nous qui admettons au profit du *succedens* le transfert du droit lui-même, de l'hypothèque et non plus d'un simple rang, cette condition ne saurait être exigée. Nous savons, du reste, que les textes ne visent en

aucune façon la constitution d'une hypothèque préalable pour le cas de *successio in locum* de l'acquéreur.

4° Le vendeur devait-il donner son consentement au paiement effectué par l'acquéreur? Les textes n'exigent pas cette condition qui aurait eu pour conséquence de mettre l'acheteur à la merci du vendeur. Celui-ci n'aurait eu, en effet, qu'à refuser son autorisation pour enlever à l'acquéreur les avantages pouvant résulter pour lui de la *successio in locum*.

Telles sont les conditions qui étaient exigées pour l'exercice de la *successio in locum* au profit de l'acquéreur; ces conditions ou l'une d'elles venaient-elles à défaillir, l'acquéreur ne pouvait bénéficier de la *successio in locum* et n'avait d'autre ressource que le bénéfice de *cession d'actions*. Ce bénéfice lui permettait de poursuivre le débiteur de la créance qu'il avait remboursée, le plus souvent son vendeur. Si le vendeur est solvable, l'acquéreur se trouvera indemnisé du paiement qu'il aura effectué. Mais supposons le vendeur insolvable : le bénéfice de cession d'actions, en transmettant à l'acquéreur les actions appartenant au créancier *dimissus* et notamment l'action hypothécaire, lui permettra-t-il de repousser l'action des créanciers ayant une hypothèque postérieure à celle du créancier qu'il a désintéressé? Nous ne le croyons pas, car à la différence des cas de *successio in locum* visés par des textes spéciaux qui permettent à l'acquéreur de paralyser par une *exceptio potioris pignoris* l'action des créanciers hypothécaires postérieurs en rang, nous ne trouvons en aucun endroit cet avantage conféré à celui qui a obtenu le bénéfice de cession d'actions.

Ce bénéfice de cession d'actions qui offre pour l'acquéreur beaucoup moins de garanties que la *successio in locum* sera

donc la seule sauvegarde de ses droits quand une des conditions essentielles venant à manquer, il ne pourra bénéficier de la *successio in locum*. Chaque fois que les conditions se trouvent réalisées, l'acquéreur sera, en vertu de la *successio*, véritablement subrogé aux droits du créancier qu'il aura désintéressé. Il bénéficiera, d'après nous, non pas d'un simple rang hypothécaire mais bien d'une hypothèque qu'il va dorénavant avoir sur le bien par lui acquis et il nous reste à voir quels seront, à ce point de vue, les effets de la *successio in locum*.

L'acquéreur d'un bien hypothéqué qui aura employé ses deniers au désintéressement des créanciers hypothécaires et satisfait aux conditions que nous venons d'énumérer va donc se trouver nanti de l'hypothèque du créancier *dimissus*, hypothèque qui a pour objet le bien qu'il vient d'acquérir. Le voilà donc créancier hypothécaire de sa propre chose; étudions maintenant de quelle façon cet acquéreur pourra exercer sa cause de préférence, dans quelle mesure il sera admis à se prévaloir de son droit hypothécaire.

Pour nous qui avons admis la succession au droit hypothécaire lui-même (*successio in jus*), nous n'hésiterons pas à reconnaître à l'acquéreur la qualité de premier créancier hypothécaire et à lui accorder toutes les prérogatives que le droit romain reconnaissait au premier rang; c'est ainsi qu'il aura le droit de vendre le gage sans se préoccuper aucunement des créanciers hypothécaires postérieurs en rang qui n'auront guère d'autre ressource que le *jus offerendæ pecuniæ*. Mais là n'est pas l'intérêt de la question; il est bien évident, en effet, que l'acquéreur, n'ayant à l'origine aucune cause de préférence, ne se sera pas rendu propriétaire de

l'immeuble hypothéqué pour la seule satisfaction de se substituer au premier créancier hypothécaire et de poursuivre en ses lieu et place la réalisation du gage commun. Le plus ordinairement, il se sera rendu acquéreur de l'immeuble grevé parce que cette acquisition présentait pour lui un intérêt quelconque; la revente qu'en sa qualité de premier créancier hypothécaire il pourrait désormais poursuivre ne serait d'aucune utilité pour lui qui n'aspire qu'à rester en possession. On conçoit ainsi difficilement l'hypothèse d'un acquéreur utilisant un droit hypothécaire acquis par l'effet de la *successio in locum* pour poursuivre la vente de l'immeuble qu'il vient d'acquérir. Mais l'hypothèse qui peut présenter pour lui un grand intérêt et dans laquelle ses droits de créancier hypothécaire lui seront d'un utile secours est la suivante : c'est dans le cas où l'immeuble acquis se trouvait affecté à la garantie de plusieurs créances. Si nous supposons que le prix de vente ayant été inférieur au montant des créances et qu'avec ses deniers l'acquéreur n'ait désintéressé que le premier créancier hypothécaire, les créanciers postérieurs n'en conservent pas moins le droit de poursuivre la réalisation de leur gage, de réclamer l'expropriation de l'immeuble grevé. S'ils agissent, quelle va être la situation *du succedens?* L'acquéreur est en possession, il répondra alors à l'action hypothécaire intentée contre lui par une exception fondée sur cette circonstance qu'il est seul titulaire de l'hypothèque appartenant au créancier auquel il a remis son prix. Il paralysera l'action des créanciers hypothécaires postérieurs par l'exception *potioris pignoris* qui aurait pu leur être opposée par son auteur lui-même. Il restera dès lors aux créanciers hypothécaires postérieurs, pour continuer leurs poursuites,

l'unique moyen d'exercer le *jus offerendæ pecuniæ* contre l'acquéreur qui se trouvera ainsi entièrement protégé et ne pourra se voir dépouillé de son droit hypothécaire que contre le versement de la somme par lui remboursée. Si l'acquéreur a perdu la possession de la chose acquise, il intentera contre le possesseur soit la revendication, soit l'action publicienne. Si la chose revendiquée est possédée par un créancier hypothécaire postérieur en rang, il brisera l'exception que ce créancier fonderait sur l'existence de son droit d'hypothèque par une réplique *potioris pignoris*.

L'acquéreur va donc se trouver titulaire d'une cause de préférence sur sa propre chose et va réunir la double qualité de propriétaire et de créancier hypothécaire; si les créanciers postérieurs en rang poursuivent la réalisation de leur gage et requièrent l'éviction de l'acquéreur, celui-ci ne pourra être dépouillé qu'après complet désintéressement. En supposant que l'acquéreur ne possède pas par lui-même et que les créanciers postérieurs en rang viennent à son insu à poursuivre la vente de son immeuble, le droit de préférence s'exercera sur le prix de la vente et il sera bien vrai de dire qu'il existe au profit de l'acquéreur un droit de préférence sur sa propre chose. Ce droit de préférence lui procurera un avantage considérable en lui assurant une intégrale sécurité; il est bien évident, en effet, que sur le prix de la revente, l'acquéreur se fera rembourser l'équivalent de la créance dont la subrogation l'a rendu titulaire; il rentrera ainsi entièrement dans ses déboursés. Mais les principes nous conduisent plus loin; si nous supposons, en effet, que le prix de revente soit supérieur au montant de la créance de l'acquéreur, celui-ci sera-t-il tenu de remettre le solde du prix de la

revente aux créanciers hypothécaires postérieurs? Nous trouvons ici une difficulté créée par la réunion, sur la tête de l'acquéreur, de la double qualité de propriétaire et de créancier hypothécaire; de cette difficulté, les adversaires du système de la *successio in jus* ont pensé tirer un dernier argument facilement réfutable. En sa qualité de propriétaire, l'acquéreur a, nous oppose-t-on, le droit de vendre son immeuble et de retenir de cette vente le bénéfice qu'il pourra; d'un autre côté, sa qualité de créancier hypothécaire ne lui permet de conserver le montant du prix que jusqu'à concurrence du montant de sa créance privilégiée. Comment, disent nos adversaires, concilier ces deux solutions? La réponse est facile; nous estimons que la double qualité de l'acquéreur ne doit pas diminuer la protection que la *successio in locum* lui confère; aussi admettons-nous que la qualité de propriétaire prédominera ici et que l'acquéreur gardera la totalité du prix de la revente.

L'avantage procuré à l'acquéreur par la *successio in locum* est donc considérable; tout autre serait le résultat du bénéfice de cession d'action, qui, faisant passer sur la tête de l'acquéreur toutes les actions du créancier par lui désintéressé, ne lui permettrait pas de repousser les poursuites des créanciers hypothécaires postérieurs en rang. L'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose présente donc un puissant intérêt pour l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué.

CHAPITRE III

CAS D'UN CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE QUI SE REND ACQUÉREUR DE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ

Nous pourrions trouver un autre cas d'hypothèque du propriétaire dans la situation faite au créancier hypothécaire qui acquiert l'immeuble grevé. La confusion va-t-elle encore ici produire ses effets ordinaires; allons nous voir la créance hypothécaire disparaître par suite de sa réunion au droit de propriété? Pourra-t-on, du fait de l'acquisition par le créancier hypothécaire de l'immeuble grevé, conclure à une renonciation de sa part à sa créance hypothécaire? Ou bien, au contraire, les deux qualités vont-elles coexister sur sa tête, l'une à côté de l'autre sans se confondre?

La solution de ce problème nous apparaît très clairement si, pour le résoudre, nous appliquons la théorie de Bruns en matière de confusion, théorie que nous avons signalée précédemment (*supra*, p. 18). Le droit d'hypothèque, nous dit cet auteur allemand, ne s'éteint pas irrévocablement par sa réunion à la propriété. L'extinction ne doit léser aucun intérêt et ne peut s'opérer que si elle n'entraîne la perte d'aucun droit. Si nous supposons que dans l'espèce présente, l'acquéreur soit seul créancier hypothécaire, son acquisition ne nuit à personne et aura pour seul effet de lui faire acquérir l'immeu-

ble précédemment grevé, franc et quitte de toutes charges. La confusion doit alors produire son plein et entier effet et le droit réel, autrefois consenti au profit de l'acquéreur, se trouve absorbé par sa nouvelle qualité : il n'y a plus désormais qu'un propriétaire et il ne saurait plus être question de créancier hypothécaire.

Si, au contraire, l'immeuble se trouve affecté à la sûreté de plusieurs créances, on ne pourra pas conclure de son acquisition par l'un des créanciers inscrits à la renonciation de celui-ci à sa cause de préférence. Si la confusion se produisait ici *de plano*, il pourrait en résulter un grave préjudice pour le nouveau propriétaire. Bien que l'immeuble ait changé de *dominus*, il n'en continue pas moins à garantir le paiement des créanciers hypothécaires ; ceux-ci ont conservé l'intégralité de leurs droits, rien ne les empêche dès lors de poursuivre la réalisation de leur gage Le nouveau propriétaire, en restant à leur merci, se trouverait exposé à perdre son immeuble et son prix si on n'admettait pas, ici encore, une exception au principe de la confusion, si on ne lui conservait pas l'exercice de son action hypothécaire qui, au cas de dépossession de son bien (sauf, toutefois l'hypothèse du cas de revente), lui assurera au moins le remboursement de son prix d'acquisition. Il restera donc propriétaire jusqu'au jour de la revente et conservera de plus la sûreté qu'il avait avant son acquisition. Son hypothèque antérieure va dorénavant s'exercer sur l'immeuble dont il a acquis la propriété et nous sommes bien ici en présence d'un dernier cas d'hypothèque du propriétaire. Cette nouvelle dérogation au principe de l'extinction par la confusion des droits réels est justifiée, nous venons de le voir, par une simple raison d'équité.

— Nous en avons terminé avec notre étude sur l'hypothèque du propriétaire en droit romain que nous résumerons de la façon suivante. Le principe de l'extinction des droits réels par leur réunion à la propriété fait partie de l'essence même de la législation romaine où il trouve de nombreuses applications. La nouvelle théorie de l'indépendance de l'hypothèque si énergiquement défendue par l'école allemande nous semble diamétralement opposée aux textes que nous avons étudiés. L'hypothèque romaine est donc bien un démembrement du droit de propriété et non un droit principal et indépendant; dès qu'elle se trouve réunie à la propriété, la confusion s'opère, le démembrement disparaît et se trouve absorbé par le droit absolu.

Au principe général de la confusion, il est toutefois possible de trouver des exceptions et le principe édicté par Bruns nous apparaît comme le criterium servant à établir les dérogations à la règle générale. La confusion vient-elle à causer un préjudice quelconque, son application doit être rejetée: la confusion respecte-t-elle, au contraire, les intérêts de chacun, il ne faut pas hésiter à en appliquer les effets dans toute leur étendue. Nous n'avons fait, dans cette courte étude, que mettre en pratique cette séduisante théorie; pour nous, le principe de la confusion reste debout et l'hypothèque démembrement s'éteint par sa réunion à la propriété. Des raisons d'équité peuvent seules l'emporter sur la stricte interprétation des principes et créer des exceptions comme celles des lois 30 Dig., 44. 2 et loi 59, Dig., 36. 1. Notre étude sur la subrogation romaine nous a mis en présence des diverses théories données pour déterminer la nature de la *successio in locum creditoris*. Bien qu'elle compte un petit

nombre de partisans, nous n'avons pas hésité à opter pour la doctrine de la *successio in jus* si énergiquement défendue par Pothier, Demolombe, M. Accarias; dès lors, nous avons dû reconnaître au profit du *succedens* le bénéfice, non pas d'un simple rang hypothécaire, mais celui de l'hypothèque elle-même; nous nous sommes ainsi trouvé en présence d'un autre cas d'hypothèque du propriétaire. Enfin dans l'examen rapide d'une troisième hypothèse, nous avons vu que, dans certaines circonstances, le créancier hypothécaire qui acquiert l'immeuble grevé peut conserver le bénéfice de sa créance hypothécaire et cumuler ainsi les qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de la même chose. Toutes ces dérogations édictées par les jurisconsultes dans un but d'équité, loin d'infirmer la validité de la règle générale suivie en matière de confusion, ne font qu'en attester et confirmer la vitalité.

DEUXIÈME PARTIE

L'hypothèque du propriétaire en droit français.

Les jurisconsultes romains, nous l'avons vu, avaient parfaitement compris et analysé l'intérêt des parties et pour rester dans les limites de la justice avaient été forcément amenés à créer deux formes différentes de subrogation. Notre législation est revenue à l'unité; que la subrogation ait lieu dans des cas où il y aurait eu à Rome *successio in locum* ou bien au contraire dans une hypothèse de cession d'actions, la subrogation procure au subrogé les droits et actions du créancier qu'il a désintéressé. Nous avons vu également qu'à Rome la nature précise et les effets exacts de la subrogation ou plus exactement de la *successio in locum* étaient assez difficiles à déterminer. Dans notre code civil, au contraire, la subrogation personnelle constitue un véritable remplacement d'une personne par une autre, de même que la subrogation réelle n'est autre chose que la substitution d'un objet à un autre. Il est ainsi absolument établi que la subrogation personnelle fait passer les droits et actions d'une personne, c'est-à-dire ses droits ou personnels, ou hypothécaires ou privilégiés, à celle qui lui est subrogée ou, en d'autres termes, qui

lui succède et est mise en son lieu et place. Que cette subrogation ait lieu de plein droit ou qu'il soit besoin, pour l'obtenir, d'une convention ou d'une réquisition, les effets n'en sont pas moins les mêmes ; ils résultent, du reste, des différentes définitions qui ont été données de cette institution. « La subrogation, dit Renusson[1], n'est autre chose que le » changement de créancier, la mutation d'un créancier en un » autre créancier quand les droits du créancier qui est payé » passent à l'autre qui a fourni les deniers pour le paiement ». Dumoulin[2] donne une définition plus concise : « *Subrogatio » est transfusio unius creditoris in alium, eadem vel mitiori » conditione* ». Pour Pothier[3], la subrogation « est une fic- » tion de droit par laquelle le créancier est censé céder ses » droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il » reçoit son dû ». M. Delvincourt[4] définit la subrogation : « le changement d'un créancier sans novation de dette. » M. Duranton[5] « une fiction de droit qui fait entrer une per- » sonne dans la place d'un créancier pour exercer ses droits » quant à sa créance ». Mourlon[6] « l'acquisition complète » ou partielle de la créance par un tiers qui paie au créan- » cier ce qui lui est dû ». « Il y a subrogation personnelle, dit » Demolombe[7], d'après Renusson, quand une personne est » subrogée à une autre personne, quand l'un succède et entre » au lieu et place de l'autre, pour exercer ses droits et actions,

(1) *Traité de la subrogation*, chap. I, n. 10.
(2) *De usuris*, n. 276.
(3) *Coutume d'Orléans*. Introd. au tit. XX, n. 66.
(4) *Cours de droit civil.*
(5) *Cours de droit français*, XII, n. 108.
(6) *Traité des subrogations personnelles*, p. 4.
(7) *Traité des contrats*, IV, n. 307.

» c'est-à-dire ses droits personnels hypothécaires et privilé-
» giés. » Enfin, pour MM. Aubry et Rau ([1]), « la subrogation
» est une fiction juridique, admise ou établie par la loi, en
» vertu de laquelle une obligation, éteinte au regard du créan-
» cier originaire, par suite du paiement qu'il a reçu d'un tiers,
» ou du débiteur lui-même, mais avec des deniers qu'un tiers
» lui a fournis à cet effet, est regardée comme continuant de
» subsister au profit de ce tiers qui est autorisé à faire valoir
» dans la mesure de ce qu'il a déboursé les droits et actions
» de l'ancien créancier ».

D'après cette série de définitions, il est aisé de voir que la substitution d'une personne à une autre constitue le fondement même de la subrogation personnelle. Nous n'aurons pas à examiner les différents cas de subrogation; nous limiterons notre étude à l'examen de deux de ces cas; comme nous l'avons fait pour la législation romaine, nous rechercherons si la subrogation accordée à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué ne lui confère pas un droit hypothécaire sur sa propre chose ; nous examinerons ensuite si la loi du 13 février 1889 ne présente pas un second cas d'hypothèque du propriétaire. Après avoir envisagé la situation d'un créancier hypothécaire qui accepte sous bénéfice d'inventaire la succession de son débiteur, nous consacrerons quelques instants à l'étude du décret du 9 messidor de l'an III et de l'innovation qu'il créa en organisant, avec la cédule hypothécaire, l'hypothèque préconstituée ou hypothèque sur soi-même.

([1]) *Cours de droit civil français*, IV, p. 168.

CHAPITRE PREMIER

SUBROGATION LÉGALE ÉTABLIE AU PROFIT DE L'ACQUÉREUR D'UN IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ PAR L'ART. 1251-2° DU CODE CIVIL

L'art. 1251-2° est ainsi conçu : « La subrogation a lieu de » plein droit au profit de l'acquéreur qui emploie le prix de » son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet » héritage était hypothéqué ». Les termes formels de cette disposition tranchent d'une façon indiscutable un point capital en la matière et qui donna de tout temps lieu aux controverses les plus sérieuses : celui de savoir si la subrogation au profit de l'acquéreur a lieu de plein droit, par le seul fait de l'emploi par l'acquéreur de ses propres deniers au désintéressement des créanciers privilégiés, ou si, pour acquérir le bénéfice de la subrogation, certaines conditions sont exigées et si, en particulier, l'acquéreur doit faire une réquisition de cession d'actions. Aujourd'hui la question ne soulève pas la moindre discussion; nous rappellerons uniquement pour mémoire les différents systèmes qui furent proposés en la matière. Loyseau (1) exigeait une stipulation formelle pour accorder la subrogation à l'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition à désintéresser le créancier de la rente au paiement de laquelle l'immeuble acquis est affecté; il ne succède point au

(1) *Du déguerpissement*, titre de l'action mixte, liv. II, ch. VIII, § 18 et 23.

créancier désintéressé s'il n'a pas pris soin de se faire expressément subroger; il cite à l'appui de son opinion la loi *Mulier*, Dig. *Qui potiores in pignore*. Renusson affirme que Loyseau n'a pas digéré et approfondi la matière, qu'il ne la sait pas. Il fait, à cet effet, remarquer que la loi *Mulier* est étrangère à la question; qu'elle raisonne non pas dans l'hypothèse d'un acheteur mais dans celle d'un cohéritier qui paye un créancier hypothécaire. Suivant lui, les deux espèces sont bien différentes : le créancier qui désintéresse un créancier hypothécaire n'est pas de plein droit subrogé parce qu'il peut, sur la poursuite du créancier, mettre en cause ses cohéritiers et les forcer de concourir, chacun pour sa part, au paiement de la dette; c'est donc volontairement qu'il paie la part de ses cohéritiers; dès lors il ne peut, à l'exemple d'un tiers étranger à la dette, acquérir la subrogation qu'en la stipulant du créancier. L'acheteur d'un immeuble qui emploie le prix dont il est débiteur à désintéresser le créancier auquel l'immeuble est hypothéqué est, au contraire, de plein droit subrogé; il n'est pas nécessaire qu'il stipule la subrogation parce qu'il est évident qu'en désintéressant les créanciers, en les mettant hors d'intérêt, il n'a d'autre but que de conserver la possession de l'immeuble; il justifie la solution en invoquant la L. 17, D., 20. 4, *qui potiores in pignore habeantur*, la L. 3, C., *de his qui in priorum creditorum locum*, 8. 19 et l'opinion de Cujas. C'est cette confusion présentée dans la théorie de Loyseau que Renusson (1) a développée en faisant triompher le système de la subrogation légale au profit de l'acquéreur, système conforme à l'opinion donnée par Cujas dans ses para-

(1) *Traité de la subrogation.*

titles sur les lois organisant la subrogation romaine. Biraut ([1]), Louet ([2]), Brodeau ([3]), Argou ([4]), Lacombe ([5]), Poullain-Duparc ([6]) et Prévost de la Jaunes ([7]) soutiennent comme Renusson que la subrogation est acquise de plein droit à l'acheteur qui paie les créanciers hypothécaires de son vendeur. Pothier ([8]) distingue et, s'appuyant sur la loi 3 C., *de his qui in prior.*, ne reconnait au profit de l'acquéreur le bénéfice d'une subrogation légale qu'autant que l'acte de vente porte que le prix de l'acquisition devra être employé à payer un créancier hypothécaire.

Ces controverses, comme nous le rappelions plus haut, ne sont plus possibles aujourd'hui car le code a fait cesser toutes les incertitudes. L'acheteur qui emploie le prix de son acquisition à solder les dettes au paiement desquelles l'immeuble était affecté par hypothèque ou privilège est de plein droit subrogé au lieu et place des créanciers désintéressés : peu importe que l'acheteur ait payé volontairement ou qu'il y ait été contraint ; la loi ne distingue pas et, à la différence de la législation romaine qui accordait suivant les cas la *successio in locum* ou le bénéfice *cedendarum actionum,* nous ne connaissons qu'une unique forme de subrogation.

Quoi qu'il en soit, les effets de notre subrogation vont être les mêmes que ceux de la *successio in locum* et l'acquéreur

([1]) Commentaire sur l'art. 953 de la Coutume de Normandie.

([2]) Louet, lettre C, nombre 38.

([3]) Commentaire sur Louet.

([4]) *Instit. du droit français,* II, liv. IV, ch. V.

([5]) *Recueil de jurisprudence,* mot : *subrogation,* n. 8

([6]) *Principes du droit français,* VII, n. 95.

([7]) *Principes de la jurisprudence française,* II, n. 688.

([8]) *Introd. générale aux coutumes,* tit XX, n. 73.

d'un immeuble hypothéqué va se trouver, dans l'hypothèse de l'art. 1251-2°, substitué aux lieu et place des créanciers par lui désintéressés, titulaire des droits de préférence ayant appartenu à ces créanciers. Il va devenir ainsi créancier hypothécaire de l'immeuble par lui acquis. Ce résultat paraît étrange au premier abord, car dans la rigueur du droit, on ne saurait avoir un droit de gage sur sa propre chose pas plus qu'on ne peut avoir une créance contre soi-même : *Nemini res sua pignori esse potest;* il était cependant exigé par l'équité. Quand l'acquéreur paie un créancier ayant sur l'immeuble un privilège ou une hypothèque, la loi suppose qu'il n'a d'autre but que de se mettre à l'abri des poursuites hypothécaires tout en se libérant envers le vendeur, d'assurer sa possession et de dégrever l'immeuble acquis. Il semblerait donc que l'hypothèque du créancier désintéressé ne dût pas survivre à ce paiement et que l'acquéreur lui-même ne saurait, même en se faisant céder les droits du créancier, conserver une hypothèque sur l'immeuble dont il est propriétaire. Néanmoins, la loi ne pouvait permettre qu'on abusât contre l'acquéreur des conséquences rigoureuses des paiements qu'il avait ainsi effectués et que des créanciers postérieurs vinssent lui opposer l'extinction de l'hypothèque garantissant les créances remboursées pour lui disputer les sommes qu'il avait entendu employer à sa libération. Il était juste qu'à l'égard des autres créanciers, il fût substitué à ceux qu'il avait désintéressés pour faire valoir, comme ceux-ci l'auraient fait eux-mêmes, leurs privilèges ou leurs hypothèques et se faire colloquer à leur rang sur le prix de son acquisition. Il était juste également que, dans le cas où il éprouverait une éviction pour une cause quelconque, l'acquéreur fût à même d'exercer sur l'im-

meuble dont la propriété lui échappait tous les droits attachés aux créances par lui payées.

Tels sont les motifs basés sur l'équité qui ont dicté les termes de l'art. 1251-2°, apporté une exception au principe de l'extinction des droits réels par la confusion et introduit au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué le bénéfice d'une subrogation légale. Cette subrogation va donc avoir pour effet principal d'empêcher, au regard des créanciers postérieurs, l'extinction de l'hypothèque des créanciers payés par l'acquéreur, de faire qu'il puisse toujours imputer sur son prix les créances dont elle lui a transmis le rang hypothécaire et que les paiements qu'il a effectués tournent à sa libération. En d'autres termes, c'est une fiction légale qui fait survivre au paiement les droits et hypothèques des créanciers ainsi désintéressés, de manière qu'ils ne soient réputés éteints qu'autant que l'acquéreur, les ayant fait colloquer en ordre utile, se trouve en même temps libéré définitivement sur son prix d'une somme égale au montant des créances qu'il a payées (¹).

Si le principe de la subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué se trouve très nettement établi par la disposition de l'art. 1251-2°, les applications de cet article n'en restent pas moins très subtiles à déterminer, tant il est vrai que la subrogation a, de tous temps, été regardée comme une des institutions les plus délicates de notre législation. Dumoulin exprime toutes les difficultés qu'il éprouve à traiter les questions relatives à la subrogation en désignant cette institution par ces mots : *hæc materia non-*

¹) Gauthier, *De la subrog. des personnes*, p. 304, 305.

dum exacte discussa ; Chanassée, un auteur de la même époque, nous dit encore : ***Materia cessionis difficilis et intricata.*** « Les questions de subrogation, ajoute Renusson, font de la » peine aux avocats qui les traitent; il n'y a que les plus » habiles et les plus expérimentés qui en soient capables. » Enfin Loyseau, voulant montrer combien cette matière est ardue et difficile, nous apprend qu'un procès de ce genre s'étant présenté au Parlement, la cour recommanda aux parties de s'accorder et laissa la question indécise. Les traités méthodiques sur la matière, œuvres des jurisconsultes les plus distingués, sont loin d'avoir aplani les difficultés; la variété de leurs opinions et la contradiction des décisions judiciaires font, de nos jours encore, de la subrogation un sujet des plus épineux, rempli de doutes et de perplexités. Il importe donc, pour voir la portée exacte de l'art. 1251-2°, de faire, avec les interprètes du code, une division et de distinguer suivant que l'acquéreur est lui-même créancier hypothécaire ou qu'il est étranger ou simple créancier chirographaire.

A. *L'acquéreur est lui-même créancier hypothécaire.*

L'acquéreur est lui-même créancier hypothécaire mais, se trouvant en présence de créanciers de rang préférable, il achète le fonds et, en versant entre leurs mains son prix d'acquisition, désintéresse ces créanciers de rang antérieur. Il est bien évident qu'en agissant ainsi, il acquiert une subrogation légale aux créanciers par lui remboursés. Cette solution résulte, en effet, des principes et était fréquemment employée en droit romain où le *jus offerendæ pecuniæ* était le seul moyen de prendre la place du créancier hypothécaire le plus

ancien, qui avait alors seul le droit de poursuivre la réalisation du gage commun.

Mais la question qu'on se pose est de savoir si, en pareil cas, le créancier acquéreur est aussi subrogé à lui même. Cette locution, employée par plusieurs auteurs, notamment par Merlin et Toullier, peut paraître impropre. Le créancier ne peut être subrogé à lui-même. La subrogation entraîne l'idée d'un changement de personnes, de la substitution d'une personne à une autre. Je peux bien être substitué à un autre, lui succéder, être mis à sa place, à son rang, mais dans ce cas je ne suis pas substitué à moi-même. Malgré ces considérations, l'expression de subrogé à soi-même semble autorisée par les textes de la loi romaine : « *Superioris temporis* » *ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum* » *locum succedenti* », dit la loi 3 Dig., *qui potiores in pignore*. De même la loi : *Si prior*. Dig. *eod. titulo* dit : « *In suum ve locum succedere* ». On peut donc conserver cette expression impropre et se demander si l'acquéreur va se trouver subrogé à lui-même, de telle sorte que, l'éviction survenant, sa créance et son hypothèque se trouvent reprendre toute leur force après sa dépossession, le délaissement ou l'adjudication faite sur lui. Conservera-t-il son hypothèque pour la faire valoir, en cas d'éviction de la part d'un créancier postérieur, ou bien cette hypothèque qui va se trouver sur sa tête, réunie à la propriété, ne disparaîtra-t-elle pas par la confusion et ne s'éteindra-t-elle pas pour toujours ?

La question avait été controversée dans notre ancien droit : Bartole, dans son étude sur la loi *Eleganter,* Dig., *de pigneratitia actione,* 13. 7, s'était prononcé pour l'affirmative, c'est-à-dire pour la disparition irrévocable de l'hypothèque de

l'acquéreur, par ce seul fait que cette cause de préférence se trouvait réunie sur sa tête à la propriété. Il était aisé de voir que ce parti choquait à la fois le droit et l'équité ; l'effet ne peut avoir plus de durée que la cause, et du jour où la confusion cesse d'exister, la situation qu'avait le créancier avant son acquisition doit intégralement reparaître. C'est cette seconde théorie qu'a développée le président Favre (1) : l'hypothèque subsiste à l'état latent, tant que dure la réunion en la même personne, des qualités de propriétaire et de créancier hypothécaire du même bien, mais du jour où la propriété vient à échapper à l'acquéreur, sa situation primitive lui est restituée et il redevient créancier hypothécaire. La simple équité veut qu'il en soit ainsi. « Il est bien aisé, en effet, de concevoir, » dit Renusson, que l'intention du créancier qui achète pour » payer d'autres créanciers, n'a point été d'acquitter le prix » de la chose purement et simplement et que le créancier qui » reçoit en paiement n'a pas eu non plus l'intention de tenir » purement et simplement son débiteur pour libéré. Le créan- » cier acquéreur n'a visé, en désintéressant les créanciers » antérieurs, que le cas où il resterait propriétaire incommu- » table ; du moment qu'un événement quelconque vient à » modifier sa situation, il est équitable que ses droits primi- » tifs lui soient restitués ».

C'est également en ce sens que se prononcent les auteurs modernes. Ils disent avec raison que l'extinction de la créance de l'acquéreur n'était que conditionnelle, soumise à la condition de l'irrévocabilité de son acquisition. Il y a eu, sans aucun doute, confusion en sa personne des droits et actions ;

(1) Code, liv. VIII, XV, déc. 8.

mais cette confusion n'est que momentanée, les effets qu'elle a produits ne peuvent être que temporaires. Les droits de l'acquéreur doivent renaître après son éviction comme s'il n'avait jamais acquis la chose affectée d'hypothèque ; la confusion est rétroactivement anéantie et cesse pour l'avenir; c'est là précisément l'effet des conditions résolutoires dont l'accomplissement remet les parties au même et semblable état qu'avant la convention. Cette doctrine est, du reste, non seulement juridique mais encore équitable. Il est juste que l'acquéreur évincé rentre dans sa créance et dans tous les droits auxquels il n'est censé raisonnablement avoir renoncé qu'à la condition de rester toujours propriétaire de la chose qui lui tenait lieu de paiement. En désintéressant les créanciers antérieurs, il n'a pas entendu se placer dans une position moins favorable mais bien au contraire rendre sa condition meilleure.

Telle est la théorie enseignée de nos jours par la majorité des auteurs [1] et que nous résumerons de la façon suivante :

Le créancier hypothécaire qui, acquérant l'immeuble grevé, emploie son prix à désintéresser les créanciers qui lui sont préférables, est, non seulement subrogé à tous les droits de préférence des créanciers remboursés, mais conserve en plus son hypothèque et son rang pour le cas où son droit de propriété vient à être résolu. Nous n'avons pas à examiner ici le plus ou moins de vitalité du droit hypothécaire qui semble anéanti et absorbé par la qualité de propriétaire que possède l'acquéreur. Nous aurons à revenir sur la question : pour le

(1) Merlin, *Subrog. des pers.*, sect. II, § 4, n. 1 ; Toullier, *Le dr. civ. franç.*, VII, n. 144 ; Troplong, *Hyp.*, n. 841-847 ; Gauthier, *De la subrog. des pers.*, n. 293; Mourlon, *Subrog.*, p 395 s.

moment qu'il nous suffise de constater que ce droit hypothécaire subsiste ; il survit à l'état latent, peu nous importe, il n'en subsiste pas moins et dans la première hypothèse de subrogation que nous venons d'examiner, nous trouvons le créancier qui, tout en acquérant la propriété du gage commun, devient cessionnaire des créances hypothécaires qu'avaient sur ce bien les créanciers remboursés et conserve la créance hypothécaire qu'il avait lui même sur ce bien. Voilà bien dans notre législation un premier cas d'hypothèque du propriétaire, une première exception au principe de l'extinction des droits réels par confusion. Nous n'insisterons pas sur l'utilité pratique de cette hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose ; dans notre étude du droit romain (p. 39), nous avons envisagé la même situation et nous avons vu qu'au cas où il existe plusieurs créanciers hypothécaires et que l'un d'eux vient à se rendre acquéreur de l'immeuble grevé, le maintien de son hypothèque en présence de son nouveau droit de propriétaire est indispensable pour la sauvegarde absolue de ses intérêts. Au cas où les créanciers hypothécaires postérieurs viennent à poursuivre la vente de leur gage, le droit de propriétaire de l'acquéreur ne peut lui offrir qu'une sécurité illusoire ; il ne tardera pas, en effet, à être dépossédé de son immeuble et, n'ayant plus aucune cause de préférence lui assurant une portion du prix de la revente, il se verra exposé à perdre à la fois son immeuble et le prix de son acquisition. Au contraire, grâce à son hypothèque antérieure qui n'a pas disparu, il sera colloqué à son rang dans l'ordre qui sera ouvert et, s'il se trouve exposé à perdre l'immeuble, il rentrera au moins dans ses déboursés.

B. *L'acquéreur est un étranger ou un créancier chirographaire.*

Aux termes de l'art. 1251-2° « la subrogation a lieu de » plein droit au profit de l'acquéreur qui emploie le prix de » son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet » héritage était hypothéqué ». Pour mieux comprendre l'hypothèse prévue, faisons une espèce : Paul achète pour 100.000 francs un immeuble grevé de deux hypothèques : l'une de premier rang pour une créance de 100.000 francs au profit de *Primus* et l'autre de second rang pour une créance de 100.000 francs également, au profit de *Secundus*. Si Paul verse son prix entre les mains de *Primus*, il est, par le seul fait de ce paiement, subrogé de plein droit à la créance de celui-ci. L'intérêt de l'acheteur à faire ce paiement est évident car, en même temps qu'il se libère ainsi de son obligation personnelle envers le vendeur, il se libère de son obligation réelle envers les créanciers hypothécaires. Mais l'intérêt et l'utilité de la subrogation apparaissent moins clairement. Tout d'abord, en effet, la subrogation implique un recours dont elle a pour but d'assurer l'efficacité ; or, en versant son prix entre les mains du premier créancier hypothécaire, Paul n'a fait qu'acquitter sa propre dette ; il s'est libéré envers son vendeur mais n'a de recours à exercer contre personne. La cause efficiente de la subrogation semble donc faire défaut. D'un autre côté, l'hypothèque que la subrogation transmet à l'acquéreur porte en définitive sur un immeuble dont il est déjà propriétaire, ce qui semble en devoir paralyser complètement l'efficacité et ce qui est contraire à la règle : *Nemini res sua pignori esse potest.*

Ces objections seraient certainement sans réplique si

l'acquéreur devait demeurer propriétaire incommutable de l'immeuble sur lequel portent les hypothèques dans lesquelles la loi le subroge. Il faut reconnaître que la subrogation ne lui servira à rien, soit lorsqu'il aura payé avec son prix tous les créanciers auxquels l'immeuble était hypothéqué, soit lorsqu'il n'aura subi aucune dépossession, par l'effet d'une revendication, d'une résolution, d'une action en nullité ou en rescision, de l'exercice d'une action hypothécaire. Mais l'utilité de la subrogation est manifeste dès que l'on suppose l'acquéreur ne conservant pas l'immeuble et se trouvant exposé, par suite d'une éviction, à perdre la chose et le prix. Supposons, en effet, que conformément à l'espèce que nous nous sommes proposée, Paul n'ait désintéressé que *Primus,* premier créancier inscrit; le paiement qu'il a effectué n'en laisse pas moins subsister, au profit de *Secundus,* tous ses droits de créancier hypothécaire. Nanti d'une créance privilégiée pour la somme de 100.000 francs, *Secundus* va-t-il pouvoir poursuivre la réalisation de l'immeuble acquis par Paul et ce dernier va-t-il se trouver à la fois dépossédé de son immeuble par la saisie et exposé à perdre son prix d'acquisition?

Supposons, d'après la *rigor juris* et la stricte application des principes, qu'il n'y ait pas subrogation au profit de l'acquéreur, que va t-il se produire? Sur les poursuites de Secundus, l'immeuble acquis par Paul est revendu pour la somme de 110.000 fr. : un ordre va s'ouvrir et la collocation va s'effectuer de la façon suivante : le paiement de la créance de Primus ayant été pur et simple a éteint absolument son droit hypothécaire. Secundus, créancier hypothécaire de second rang, montant alors au premier, va se trouver colloqué en première ligne pour 100.000 fr.; Paul, l'acquéreur, n'aura

pour la différence entre l'excédent du prix de revente et son prix d'achat, soit pour 90.000 fr. qu'une créance personnelle contre le vendeur qui est peut être insolvable.

Un résultat aussi injuste ne pouvait être consacré par une législation équitable ; il n'était pas admissible que l'acquéreur qui n'avait eu d'autre souci que de s'assurer la libre possession de l'immeuble par lui acquis, se trouvât dans une situation aussi désavantageuse. Les principes de l'équité l'emportèrent sur la stricte application des règles de droit et la subrogation fut accordée à l'acquéreur. Tout autre est alors le résultat : dans le cas de revente que nous avons envisagé, l'acquéreur sera colloqué d'abord pour 100.000 fr. et les 10.000 fr. d'excédent seront attribués à Secundus qui, à supposer qu'il ait pris l'initiative des poursuites, en retirera ainsi un certain bénéfice. Ce résultat, auquel on arrive avec la subrogation, est certes très équitable. Pour le cas où il se trouve dépouillé de son immeuble, il donne à l'acquéreur le moyen de reconquérir son prix et il ne porte, par ailleurs, aucun préjudice à Secundus dont la situation n'est pas modifiée et à qui il importe peu, du moment qu'il est primé par une hypothèque antérieure à la sienne, que cette hypothèque appartienne à l'un ou à l'autre.

Grâce à la subrogation, l'acquéreur est à peu près sûr, en cas de dépossession et de vente de l'immeuble, de rentrer dans les fonds qu'il a déboursés pour payer les premiers créanciers. La subrogation ne le garantit pas, il est vrai, contre toute chance de perte. Il se peut, en effet, que le produit de la vente ne suffise pas à le désintéresser intégralement. Il a pu acheter l'immeuble pour un prix correspondant à sa valeur exacte et il y a tout lieu de présumer qu'à l'adjudication

publique, le bien sera vendu pour un prix moindre ; l'adjudicataire qui doit supporter les frais de saisie immobilière, et ces frais sont considérables, offrira naturellement un prix moindre que la valeur réelle de l'immeuble. Mais il n'y a pas là un gros inconvénient, car le plus souvent l'acquéreur aura un procédé plus sûr pour se débarrasser des créanciers hypothécaires. En remplissant les formalités de la purge, il arrivera, sans débourser une somme supérieure à son prix d'acquisition, à dégrever l'immeuble de toutes les hypothèques, même de celles des créanciers qui n'auront pas été payés ; car ceux-ci seront obligés, pour le contraindre à payer au delà de son prix, de porter une surenchère du dixième (art. 2184-2185 C. civ.). Le point essentiel en la matière n'était donc pas de prémunir l'acquéreur contre le préjudice accidentel pouvant résulter pour lui de la revente de son immeuble pour une somme inférieure à son prix d'acquisition. Ce qu'il importait, c'était de sauvegarder ses intérêts principaux, de respecter le motif qui l'avait poussé, pour s'assurer la libre jouissance de l'immeuble acquis, à désintéresser les premiers créanciers hypothécaires et de ne pas l'exposer à se voir à la fois dépossédé de son bien et dépouillé de son prix d'acquisition. Les principes du droit ne pouvant lui assurer cette entière sécurité, l'équité a fait triompher à son profit le principe de la subrogation légale.

Nous avons examiné la subrogation légale conférée par l'art. 1251-2° à l'acquéreur d'un bien hypothéqué employant le prix de son acquisition à désintéresser les créanciers inscrits. Nous avons subdivisé notre étude et distingué suivant

que l'acquéreur était lui même créancier hypothécaire ou qu'il était étranger. Nous avons vu que le résultat était le même et que, dans l'un et l'autre cas, l'acquéreur est subrogé de plein droit aux droits et actions des créanciers désintéressés. Dans l'hypothèse de l'art. 1251-2°, il s'agit de créanciers hypothécaires, par conséquent l'acquéreur va se trouver subrogé à ces créanciers hypothécaires et va bénéficier de leurs causes de préférence. Mais ces hypothèques dont il va bénéficier portent sur le bien qui a fait l'objet de l'acquisition et l'acheteur va trouver réunies sur sa tête les qualités de propriétaire et de créancier hypothécaire du même immeuble. Quel bénéfice pourra-t-il retirer de cette créance hypothécaire? Nous avons vu qu'au cas de dépossession, de poursuites exercées par un créancier postérieur, sa qualité de créancier hypothécaire était le seul moyen susceptible d'assurer à l'acquéreur son intégrale sécurité. Au cas où l'acheteur n'est pas inquiété dans sa libre jouissance, il est bien évident que sa condition de créancier hypothécaire se trouve absorbée par la qualité beaucoup plus efficace de propriétaire. Il n'en est pas moins vrai que l'hypothèque existe à son profit; elle subsiste à l'état latent, il est vrai, se trouve dépourvue de toute efficacité et ne saurait être d'aucune utilité à son titulaire dont le titre de propriétaire est de beaucoup plus énergique. Mais si la présence de la qualité de propriétaire met obstacle à l'exercice, par l'acquéreur, de sa créance hypothécaire, nous ne pouvons pas admettre qu'elle porte atteinte à l'existence de ce droit. L'hypothèque coexiste et survit à côté de la propriété; cela est si vrai que dès l'instant où l'acquéreur se trouve dépossédé de son bien, il pourra, à défaut de la revendication, exercer sa cause de préférence et faire respecter ses

intérêts. (Nous mettons naturellement de côté l'hypothèse où l'acquéreur aurait revendu son immeuble et trouverait l'exercice de son action hypothécaire paralysé par l'obligation de garantie.) Un tel résultat n'est admissible et ne peut s'expliquer que par le réveil d'un droit qui subsistait à l'état latent, d'un droit dont l'exercice seul était empêché par la présence d'un autre droit incompatible. Nous n'hésitons donc pas à reconnaître que l'acquéreur qui est en possession de l'immeuble par lui acheté, se trouve nanti à la fois du titre de propriétaire et d'une cause de préférence, d'une hypothèque sur son propre bien. Voilà donc une première exception à la règle universellement admise de l'extinction des droits réels par confusion. Nous croyons avoir suffisamment démontré, par l'étude des résultats auxquels on était conduit, que cette violation des principes était réclamée par l'équité et, tout en reconnaissant que, d'après les principes de notre législation, il y a antinomie complète entre les qualités de propriétaire et de créancier hypothécaire d'une même chose, nous n'hésitons pas à reconnaître dans l'exception apportée à ces principes par l'art. 1251-2° de notre code civil, un premier cas d'hypothèque du propriétaire.

CHAPITRE II

SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE ÉTABLIE AU PROFIT DE L'ACQUÉREUR D'UN BIEN DU MARI PAR LA LOI DU 23 MARS 1855 COMPLÉTÉE PAR LA LOI DU 13 FÉVRIER 1889.

Une loi récente, celle du 13 février 1889, relative à la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée au profit de l'acquéreur d'un bien du mari, nous fournit une seconde espèce d'hypothèque du propriétaire. Avant cette loi, les commentateurs du Code civil et de la loi du 23 mars 1855 se posaient la question de savoir si la renonciation de la femme à son hypothèque au profit de l'acquéreur d'un bien du mari était simplement extinctive ou était en plus investitive. La solution était donnée par l'examen de l'intention des parties, mais le résultat ne pouvait être le même dans les deux cas, et en regardant la renonciation de la femme comme purement extinctive, la situation de l'acquéreur n'était qu'imparfaitement protégée. Supposons, en effet, que l'acquéreur d'un bien du mari obtienne de la femme mariée renonciation à son hypothèque légale; si cette abdication est purement extinctive, l'hypothèque légale de la femme disparaîtra, cette dernière ne pourra en aucun cas exercer son droit de suite et poursuivre l'expropriation de l'immeuble affecté auparavant à la sûreté de ses créances. L'acquéreur n'aura plus ainsi à redouter la moindre pour-

suite de la part de la femme, mais le mari peut avoir d'autres créanciers hypothécaires postérieurs en date, créanciers qui, ayant conservé l'intégralité de leurs droits, pourront, quand il leur plaira, mettre l'acheteur en demeure de payer ou de délaisser. Si la renonciation de la femme est purement extinctive, quel intérêt pourra-t-il y avoir pour l'acquéreur à voir disparaître purement et simplement l'hypothèque légale de la femme? Rassuré du côté de celle-ci, qui se trouve réduite au silence, l'acquéreur va se trouver en concours avec les autres créanciers hypothécaires qui seront seuls à bénéficier de la disparition de l'hypothèque légale et qui se montreront d'autant plus pressants que leur créance aura plus de chances d'être remboursée. Ils attendront donc que l'acheteur ait versé entre les mains du mari le prix de son acquisition, puis, exerçant leur droit hypothécaire, ils mettront le détenteur de l'immeuble : l'acquéreur, dans la dure nécessité de payer une seconde fois ou de délaisser. La sécurité absolue de l'acquéreur exige donc que la renonciation par la femme soit investitive, soit translative de droits; dans ce cas seulement, il aura un droit hypothécaire véritablement efficace et, bénéficiant de la renonciation de la femme, il viendra, au cas de poursuites des créanciers postérieurs, au premier rang que lui assure sa subrogation à l'hypothèque légale.

Quel que fût le système que l'on adoptât, les effets de la renonciation par la femme à son hypothèque légale n'en étaient pas moins précisés. Tous les auteurs s'accordaient pour reconnaître que cette renonciation entraînait l'extinction du droit de suite et qu'en aucun cas elle ne pourrait poursuivre contre l'acquéreur l'expropriation de l'immeuble :

elle abdiquait ce droit et lui promettait, par sa renonciation, de ne pas le troubler. Il était aussi généralement admis que la femme conservait sur le prix encore dû par l'acheteur, un droit de préférence contre les créanciers inscrits après elle et devait être colloquée avant eux dans l'ordre. La renonciation de la femme ne pouvait, en effet, être invoquée par les les tiers qui y étaient restés étrangers et à qui il était facile d'opposer la règle : *res inter alios acta*...

La loi du 13 février 1889 est venue préciser d'une façon plus exacte les effets de la renonciation par la femme à son hypothèque légale en disant : « La renonciation par la femme » à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeu- » bles grevés de cette hypothèque, en emporte extinction et » vaut purge. — Toutefois la femme conserve le droit de préfé- » rence sur le prix mais sans pouvoir répéter contre l'acqué- » reur le prix ou la partie du prix payé de son consentement, » et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothé- » caires ». Depuis cette loi récente, la renonciation au profit de l'acquéreur doit être faite dans des formes spéciales et la femme doit avoir participé à la vente de l'immeuble et stipulé comme covenderesse, comme garantie ou caution du mari (nouv. art. 9 loi 1855). Si ces conditions sont remplies, la renonciation est efficace et la femme se trouve dépouillée de son droit de suite. Mais elle conserve son droit de préférence (l. 1889 al. 4) et si elle ne peut plus saisir l'immeuble, le faire vendre sur le tiers détenteur, elle ne perd pas le droit de se faire payer à son rang sur le prix de l'acquisition. Cette solution est conforme à l'intention des parties : ce qu'il importe à l'acquéreur, c'est de ne pouvoir être évincé par l'exercice du droit de suite. Il n'a pas d'intérêt, du moins la

plupart du temps, à ce que la femme et ses ayants droit perdent en outre le droit de préférence sur le prix et il est tout naturel que ce droit soit maintenu. Il importe peu, en effet, à l'acquéreur que la femme conserve son droit de préférence sur le prix ; ne pouvant exercer aucune poursuite, puisqu'elle a renoncé à son droit de suite, la seule conséquence de la survivance de ce droit sera d'obliger l'acquéreur à ne se libérer envers le mari de son prix d'acquisition, qu'avec le consentement exprès ou tacite de la femme.

Mais, comme nous l'avons remarqué précédemment, la femme peut ne pas être la seule créancière hypothécaire du mari, et dans le cas où il se trouve des créanciers postérieurement inscrits, la survivance du droit de préférence de la femme peut exposer l'acquéreur à de regrettables conséquences. L'immeuble du mari a été vendu 100.000 francs ; la femme a contre son mari une créance de 50.000 francs ; une fois la vente passée au profit de l'acquéreur qui, nous le supposons, a payé son prix entre les mains du mari, les créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme, poursuivent l'expropriation de l'immeuble entre les mains du détenteur ; un ordre est ouvert et la collocation est faite de la façon suivante : la femme, qui ne pouvait exercer de poursuites puisqu'elle a renoncé à son droit de suite, mais qui a conservé son droit de préférence sur le prix de l'immeuble, sera colloquée au premier rang pour sa créance de 50.000 francs ; les autres créanciers inscrits viendront en second ordre, et l'acquéreur se trouvera exposé à perdre à la fois son immeuble et le prix d'acquisition. La renonciation par la femme à son droit de suite constitue donc une sûreté très imparfaite pour l'acquéreur dans le cas où il existe des créanciers

hypothécaires autres que la femme et la survivance, au profit de cette dernière, de son droit de préférence, peut causer à l'acquéreur un grave préjudice. La disparition du droit de suite ne saurait, en effet, lui procurer aucun avantage appréciable; peu importe que la femme ait renoncé à son droit de poursuivre l'expropriation de l'immeuble, si après l'exercice, par les créanciers hypothécaires postérieurs, de leur droit de suite, après l'ouverture d'un ordre, la femme se trouve, en vertu de son droit de préférence, colloquée au premier rang. L'acquéreur n'en restera pas moins exposé à perdre à la fois son immeuble et son prix d'acquisition. Il se peut, dès lors, qu'avant de traiter, l'acheteur exige de la femme une renonciation à ce dernier vestige de son hypothèque légale. Cette renonciation pourra être expresse ou tacite, et dans ce dernier cas résultera du simple concours de la femme à l'acte constatant le paiement. Comme pour la renonciation au droit de suite, on peut se demander ici si la renonciation au droit de préférence est extinctive ou investitive. La question ne peut être résolue que d'après l'intention présumée des parties : généralement extinctive, l'abdication devra être translative de droits, et cela, par simple respect des lois de l'équité, dans le cas que nous examinions plus haut, c'est-à-dire dans le cas où, sur l'immeuble aliéné, il existe des créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme. Dès lors, si ces créanciers poursuivent entre les mains de l'acquéreur la réalisation de leur gage et qu'un ordre soit ouvert, l'acheteur sera colloqué pour le prix de son acquisition au premier rang, c'est-à-dire au rang qu'aurait eu la femme, même après la perte de son droit de suite. S'il se trouve de cette façon exposé à perdre l'immeuble, il sera au moins remboursé de son prix d'acquisition.

En étudiant les cas de renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un des biens de son mari, nous avons distingué le droit de suite du droit de préférence. Nous avons vu que, pour qu'il ne soit pas inquiété, la renonciation au droit de suite était insuffisante pour l'acquéreur qui se trouve en droit d'exiger la totale disparition de la cause de préférence accordée par la loi à la femme, et de requérir la subrogation à l'hypothèque légale de celle-ci. Dès que la femme aura consenti cette double renonciation, nous trouvons l'acquéreur nanti d'une véritable hypothèque légale et de ses deux éléments constitutifs, le droit de suite et le droit de préférence. Mais sur quoi portera ce droit hypothécaire? Ce sera précisément sur l'immeuble du mari qui a fait l'objet de son acquisition. Le voilà donc à la fois propriétaire et créancier hypothécaire ayant sur l'immeuble qui lui appartient une cause de préférence. Dans quelle mesure usera-t-il de son droit? Il serait bien difficile de reconnaître au profit de l'acquéreur l'exercice du droit de suite, le droit de poursuivre contre lui-même l'expropriation de son immeuble. Mais s'il se trouve dépourvu de tout moyen d'attaque, il n'en existe pas moins à son profit une arme défensive par excellence. Tant qu'il restera propriétaire, sa qualité de créancier hypothécaire se trouvera inutilisable; comment pourrait-il songer, ayant la plénitude des droits, à exercer un démembrement du droit réel le plus absolu? Alors qu'il se trouve dans la possibilité d'exercer la revendication, il ne saurait penser à mettre en mouvement sa créance hypothécaire. Son hypothèque subsistera donc à l'état latent mais elle ne disparaîtra pas; elle survivra à côté du droit de propriété, et si la présence de ce droit absolu met un obs-

tacle infranchissable à son libre exercice, il serait mal aisé de soutenir que le droit hypothécaire a disparu. Du jour, en effet, où l'obstacle aura cessé d'exister, où l'acquéreur, pour une cause quelconque, sauf toutefois le cas de revente, ne sera plus propriétaire, les prérogatives du créancier hypothécaire recouvreront leur libre exercice et nous savons qu'au cas où un ordre viendrait à s'ouvrir, l'acquéreur serait colloqué au premier rang.

De même que dans l'hypothèse prévue par l'art. **1251-2°**, nous trouvons ici réunies sur la tête de l'acquéreur d'un bien du mari qui a obtenu de la femme mariée renonciation à son hypothèque légale, les deux qualités généralement incompatibles de propriétaire et de créancier hypothécaire du même bien. Nous nous trouvons en présence d'une seconde violation apportée au principe de l'extinction par confusion des droits réels; ce résultat, comme dans la première espèce que nous nous sommes proposée, était exigé par l'équité. Il n'était pas plus admissible que dans le cas de l'art. 1251, que l'acquéreur, se trouvant exposé à l'éviction de la part des créanciers hypothécaires, pût être dépouillé à la fois de son immeuble et de son prix d'acquisition. L'équité l'a, une fois de plus, emporté sur la *rigor juris* et il nous paraît difficile de ne pas admettre au profit de l'acquéreur d'un bien du mari, subrogé à l'hypothèque légale de la femme, un véritable droit hypothécaire sur sa propre chose. Nous sommes ainsi en présence d'un deuxième cas d'hypothèque du propriétaire.

CHAPITRE III

CAS D'UN CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE DU DÉFUNT QUI, DEVENANT SON HÉRITIER, ACCEPTE LA SUCCESSION SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE

L'acceptation bénéficiaire, par un créancier hypothécaire du *de cujus,* de la succession de ce dernier, nous fournit un troisième cas d'hypothèque du propriétaire que nous ne ferons que signaler. Secundus est créancier hypothécaire de Primus pour la somme de 100.000 fr., ce dernier vient à mourir en laissant pour héritier son créancier Secundus, qui accepte sous bénéfice d'inventaire la succession qui lui est offerte. Quelle va être la situation de Secundus? L'acceptation bénéficiaire a pour effet d'empêcher la confusion entre les biens personnels de l'héritier et le patrimoine du défunt. Les biens successoraux demeurant distincts du patrimoine propre à l'héritier, il n'y a pas, comme au cas d'acceptation pure et simple, impossibilité à ce que l'héritier obtienne le paiement de sa créance : l'extinction par confusion qui n'est que le résultat de cette impossibilité ne se produit donc pas. L'art. 802 C. civ. reconnaît à l'héritier bénéficiaire le droit « de réclamer le paiement de ses créances » et Pothier employait avec raison une formule plus large en disant : « Les droits et actions que l'héritier avait contre le défunt ne se confondent pas ». Peu importe la nature de la créance qui se trouve

maintenue avec toutes les garanties qui y étaient attachées [1]. « Si vero, disait Justinien (L. 22 C., *de jure liber.*) et ipse » contra defunctum habeat actiones, non hæ confunduntur; » sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortu- » nam. » La qualité de la créance de l'héritier n'est donc pas atteinte, les garanties qui l'accompagnaient ne sont pas diminuées par le fait de son acceptation bénéficiaire. Secundus, que nous avons supposé créancier hypothécaire du *de cujus,* va donc rester pourvu d'une créance privilégiée. Mais d'un autre côté, nous savons que l'héritier bénéficiaire est un véritable héritier : un de nos anciens juriconsultes a dit : « Heres sub beneficio inventarii est verus heres quamvis sub » certis modificationibus et dominus rerum hereditariarum ». Les réserves qui sont ici indiquées et que nous venons de rappeler consistent dans la séparation des patrimoines; mais cette restriction faite, l'héritier bénéficiaire n'en reste pas moins un *verus dominus* et devient propriétaire du patrimoine du défunt [2]. Nous ne faisons que rappeler en passant la théorie d'après laquelle l'héritier bénéficiaire n'est propriétaire que de l'excédent de l'actif sur le passif. Dans ce cas-là le principe de la confusion ne saurait se présenter et nous ne saurions dégager une nouvelle espèce d'hypothèque du propriétaire, car si les qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire se trouvent réunies sur la tête de Secundus, elles ne s'exercent pas sur le même objet. Par son acceptation

[1] Cass. civ., 10 juil. 1844, D., 44. 1. 341. — Demolombe, XV, n. 182; Aubry et Rau, VI, p. 445; Laurent, X, n. 95; Boujon, *Dr. commun*, liv. III, tit. XVII, chap. XII, sect. VII, n. 351; Baudry et Wahl, II, n. 2007, 2039.

[2] Douai, 20 juin 1842, S., 43. 2. 56. — Demolombe, XV, n. 159 *bis;* Aubry et Rau, VI, p. 407; Laurent, X, n. 90.

bénéficiaire, l'héritier n'acquiert un droit de propriété que sur l'actif de la succession, sa créance hypothécaire continue à reposer sur les immeubles hypothéqués, immeubles qui ne sauraient être considérés comme faisant partie de la masse active. Dès lors, il n'y a pas à rechercher s'il y a exception au principe et aux règles générales de la confusion qui ne se produit pas ici. Tout autre nous apparaît le résultat avec la théorie plus généralement admise qui reconnaît à l'héritier bénéficiaire la qualité de véritable héritier et lui accorde la propriété des biens successoraux sans distinction. Malgré l'acquisition de ce droit de propriété, il va conserver sa créance hypothécaire. Mais alors sur quels biens va pouvoir s'exercer cette créance hypothécaire de 100.000 fr. que nous reconnaissions plus haut à Secundus ? Sur les biens qui se trouvaient grevés entre les mains de Primus; mais ces biens sont, par son acceptation bénéficiaire, devenus la propriété de Secundus qui va s'en trouver ainsi propriétaire et qui conservera en même temps sa cause de préférence sur ces mêmes biens. Le voilà à la fois créancier hypothécaire et propriétaire du même bien. Il n'est guère facile de voir au premier abord quelle utilité Secundus retirera de cette double qualité ; en tant qu'héritier bénéficiaire, il doit payer les dettes du défunt (art. 808, C. civ.) et s'il n'y a pas d'opposition, il paie les créanciers du *de cujus* dans l'ordre où ils se présentent. Rien ne l'empêchera donc de prélever tout d'abord le montant de sa créance, soit 100.000 fr. et ce, sans avoir besoin de faire nommer un curateur [1]. Cette somme passera du patrimoine du défunt dans celui de Secundus, patrimoines

[1] Demolombe, XV, n. 310.

qui sont toujours distincts et il importe peu de savoir laquelle de ses deux qualités de propriétaire ou de créancier hypothécaire Secundus fera valoir pour rentrer en possession de son dû. Mais nous pouvons supposer que la succession de Primus étant mauvaise, l'ensemble des biens ne suffise pas à désintéresser tous les créanciers. Ceux qui n'auront pas été remboursés et qui auront une cause de préférence à faire valoir vont exercer leur droit de suite et poursuivre entre les mains de Secundus l'expropriation des immeubles affectés à la sûreté de leurs créances. L'héritier bénéficiaire va se trouver dépossédé des biens dont il avait acquis la propriété par son acceptation et c'est alors qu'il pourra utiliser sa qualité de créancier hypothécaire et se faire colloquer au rang que lui assurait son hypothèque.

Notre conclusion sera la même que dans les deux cas précédemment étudiés : de même que dans les hypothèses de l'art. 1251 et de la loi du 13 février 1889, nous nous trouvons ici en présence d'une nouvelle exception apportée au principe de l'extinction des droits réels par la confusion, exception réclamée par l'équité. Secundus est créancier hypothécaire, il acquiert la propriété des biens sur lesquels portait son hypothèque, cette cause de préférence ne disparaît pas et snbsiste à côté du droit de propriété. Cette hypothèque se trouve, il est vrai, dépourvue de toute efficacité et ne peut être exercée tant que son titulaire reste propriétaire des immeubles grevés, mais du jour où il vient à être dépossédé, elle reprend son libre exercice, redevient ce qu'elle était à l'origine et lui assure son paiement au rang qui lui était assi-

gné. Un tel résultat est incompréhensible et inexplicable si on admet que l'hypothèque disparaît par la confusion, car, dans ce dernier cas, elle disparaîtrait d'une façon définitive ; nous nous croyons donc en mesure d'affirmer qu'il n'en est rien. L'hypothèque que possédait un créancier du défunt ne disparaît pas par son acceptation bénéficiaire de la succession de celui-ci ; elle reste inutilisable et à l'état latent tant que l'héritier reste propriétaire des immeubles grevés mais reprend toute sa vitalité quand il vient à être dépouillé. Nous trouvons ainsi dans notre législation un troisième cas d'hypothèque du propriétaire.

CHAPITRE IV

CAS D'UN HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE QUI PAYE DE SES DENIERS LES DETTES DE LA SUCCESSION

Ce sont les mêmes considérations qui justifient à nos yeux la nouvelle dérogation aux règles de la confusion que nous pourrions dégager de l'art. 1251-4° : « La subrogation a lieu » de plein droit au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé » de ses deniers les dettes de la succession ». Dans une succession tout le monde est intéressé à une liquidation aussi économique, aussi prompte que possible de l'hérédité. Le paiement que l'héritier bénéficiaire consent à faire sur ses propres deniers concourt puissamment à ce résultat. La loi devait donc favoriser ce paiement et c'est ce qu'elle a fait en accordant à l'héritier qui l'effectue, la subrogation dans les droits du créancier, pour assurer l'efficacité de son recours contre la succession. Grâce à cette subrogation, l'héritier bénéficiaire qui ne connaît pas les forces de la succession paiera sans inquiétude de ses propres deniers les créanciers munis de sûretés suffisantes, car il a l'assurance de rentrer dans ses fonds au cas où l'événement viendrait démontrer que le passif de l'hérédité est supérieur à l'actif.

Ainsi Secundus, après avoir désintéressé les créanciers hypothécaires, va se trouver subrogé aux droits et actions de ces derniers (1251-4°); là où les créances qu'il va posséder contre

la succession vont se trouver garanties par l'hypothèque qui primitivement appartenait aux créanciers hypothécaires du *de cujus*. Mais cette sûreté n'a pu changer d'objet : elle continue à grever les immeubles successoraux. Or si nous admettons, d'accord avec la théorie générale, que Secundus a, par son acceptation bénéficiaire, acquis la propriété du patrimoine du *de cujus*, nous rencontrons un nouveau cas d'hypothèque du propriétaire. Secundus pourra exercer sur les mêmes biens les droits de créancier hypothécaire qui lui ont été dévolus par le bénéfice de la subrogation et les droits de propriétaire qui lui sont assurés par son acceptation bénéficiaire. Ces deux qualités vont-elles subsister sur la même tête ou les effets ordinaires de la confusion vont-ils se propuire? Les règles de l'équité, la sauvegarde absolue des droits de l'héritier nous engagent à voir dans l'art. 1251-4° une nouvelle dérogation au principe de l'extinction des droits réels par leur réunion à la propriété. Supposons, en effet, que Secundus par sa renonciation reste étranger à la succession, il a, de ses propres deniers, acquitté les dettes d'autrui. Quel est le moyen qui restera à sa disposition pour assurer son remboursement? Aucun très certainement si nous n'admettons pas la survivance du droit hypothécaire en regard de la propriété : Secundus se trouvera à la merci des événements et pourra se voir préférer n'importe quel créancier, même chirographaire. C'est alors que nous apparaît l'utilité de l'hypothèque conférée à son profit par la subrogation, hypothèque qui va lui permettre d'obtenir son paiement aux lieu et place des créanciers désintéressés. Mais pour qu'il puisse exercer cette hypothèque après avoir définitivement pris parti, il faut admettre que cette sûreté n'a pas disparu

par l'acquisition, par l'héritier, de la qualité de propriétaire. Nous arrivons à une solution identique à celles des espèces précédentes : l'hypothèque n'a pas disparu par confusion : jusqu'au jour de sa renonciation, l'héritier bénéficiaire est resté créancier hypothécaire et propriétaire de la même chose. Sans doute son hypothèque a subsisté à l'état de sommeil, sans lui être d'aucune utilité, elle n'en a pas moins survécu et du jour où le droit de propriété vient à disparaître, le réveil de ce droit hypothécaire est le seul moyen d'assurer à l'héritier une entière sécurité.

CHAPITRE V

DÉCRET DU 9 MESSIDOR AN III ORGANISANT LES CÉDULES HYPOTHÉCAIRES

L'intérêt historique demandait que nous fissions précéder notre étude sur le Code civil de l'examen des lois révolutionnaires. Le décret du 9 messidor de l'an III, en organisant l'hypothèque préconstituée ou l'hypothèque sur soi-même, nous fournissait un nouvel exemple très curieux d'hypothèque du propriétaire. Nous en avons repoussé l'étude jusqu'à maintenant, cela pour plusieurs raisons :

1° L'hypothèque que le propriétaire acquiert sur son propre immeuble en se faisant délivrer des cédules hypothécaires nous semble revêtir un nouveau caractère que nous n'avons pas rencontré dans les différents cas précédemment étudiés. Dans les hypothèses de l'art. 1251 du C. civ., de la loi du 13 février 1889, dans la situation particulière du créancier hypothécaire acceptant sous bénéfice d'inventaire la succession de son débiteur, nous avons bien vu la réunion, sur la même tête, de la double qualité de propriétaire et de créancier hypothécaire du même bien : nous avons bien constaté l'exception apportée à la règle fondamentale de l'extinction des droits réels par confusion. Mais nous avons pu voir que les caractères essentiels de l'hypothèque n'étaient pas atteints par cette anomalie et que cette sûreté restait ce qu'elle était en droit romain, ce qu'elle est dans presque toutes les légis-

lations : un droit accessoire. L'hypothèque n'existe pas par elle-même, n'a pas d'individualité propre et ne peut subsister qu'avec le concours d'une créance à garantir. L'acquéreur de l'art. 1251 auquel nous avons reconnu un droit hypothécaire sur l'immeuble par lui acquis, ne conserve pas son hypothèque indépendamment de toute obligation principale; cette cause de préférence qu'il faut lui accorder a pour base et pour fondement la créance que l'acquéreur peut avoir pour recouvrer la somme par lui employée au désintéressement des créanciers hypothécaires. Il ne pourra utiliser sa cause de préférence qu'autant qu'il exercera la créance qu'il a conservée. De même pour l'acquéreur d'un bien du mari au profit duquel la femme mariée a renoncé à son droit de préférence et à son droit de suite : il ne pourra utiliser son hypothèque que pour poursuivre, après éviction de l'immeuble acquis, le remboursement du prix de son acquisition. Le créancier hypothécaire et héritier bénéficiaire du défunt trouve également dans sa créance un fondement à sa cause de préférence. Dans toutes les hypothèses que nous avons examinées, l'hypothèque nous apparaît donc toujours comme un droit accessoire, ne pouvant exister par lui-même et disparaissant avec et en même temps que l'obligation à l'exécution de laquelle elle était attachée. Avec la cédule hypothécaire, nous allons, au contraire, voir apparaître une idée des plus originales et des plus nouvelles, nous allons étudier l'innovation créée par l'institution de l'hypothèque sur soi-même. L'hypothèque va nous apparaître revêtue d'une individualité propre, subsistant par elle-même sans le secours d'aucune obligation principale à garantir. Telle est une première raison qui nous a poussé à placer à la fin de notre étude de l'hypo-

thèque du propriétaire en droit français, l'examen de la cédule hypothécaire et de l'hypothèque sur soi-même dont elle est la manifestation.

2° Par ses caractères distinctifs, l'hypothèque sur soi-même de l'an III se rapproche beaucoup et peut même être regardée comme une des sources de la théorie de l'hypothèque indépendante qui vient d'être réglementée de toutes pièces en Allemagne et que nous aurons à étudier. Si nombreuses sont les ressemblances entre la cédule hypothécaire et le bon foncier que nous avons cru devoir rapprocher le plus possible ces deux institutions.

3° Le décret du 9 messidor de l'an III n'ayant eu qu'une durée éphémère, devait céder le pas aux textes du code civil et des lois récentes qui nous fournissent aujourd'hui encore des exemples d'hypothèque du propriétaire.

Le décret du 9 messidor de l'an III organisait à côté de l'hypothèque traditionnelle du droit romain et de l'ancien droit, modifiée, une innovation très hardie, d'un mérite contestable précisément à cause de sa hardiesse ; cette innovation est l'hypothèque préconstituée ou hypothèque sur soi-même organisée dans les articles 35 à 83 du décret. Ce décret du 9 messidor constituait une véritable tentative pour résoudre le problème de la mobilisation du crédit foncier ou plus exactement des créances hypothécaires. « Mobiliser les créances hypothécaires, dit Gillard, c'est en faciliter la cession et, comme conséquence, élargir le crédit de la terre en mettant le gage foncier en rapport avec un nombre de capitaux plus considérable ». On comprend aisément que le crédit

immobilier devait gagner beaucoup à l'organisation d'un système facile de transmission des titres hypothécaires. L'hypothèque une fois établie sur un immeuble, se trouvait en présence de la masse énorme des capitaux qui alimentent le marché public. Le créancier porteur d'un titre facilement et surement cessible, pouvait (du moins dans les cas extraordinaires où des intérêts se trouvaient stipulés par une clause spéciale distincte de la cédule), se contenter d'un intérêt moins élevé, car il n'avait plus à compter avec les lenteurs et les incertitudes du recouvrement. De plus, le créancier, certain de rentrer en possession du jour au lendemain des deniers avancés en s'adressant à n'importe quel capitaliste, pouvait fixer une échéance plus éloignée, tout en respectant le délai maximum de dix années établi pour limiter la durée des cédules. Le débiteur, n'ayant à se préoccuper, pendant une assez longue période d'années, que du versement régulier des intérêts promis, pouvait améliorer le sol et reconstituer peu à peu le capital employé à ces améliorations. La circulation facile des titres hypothécaires constituait donc un immense progrès au point de vue du crédit immobilier. Que la circulation facile des valeurs de crédit profite au crédit lui-même et à la richesse générale, c'est une vérité certaine acceptée par l'économie politique et que l'on peut formuler de la façon suivante : les capitaux circulants sont plus productifs que les capitaux fixes. Appliquer cette règle économique aux titres hypothécaires, c'est faciliter le développement du crédit immobilier, car la mobilisation des titres hypothécaires est regardée comme un des deux procédés conduisant à la mobilisation du sol.

La mobilisation du sol peut être obtenue par deux procédés différents :

Le premier consiste à rendre facilement négociables des titres hypothécaires créés suivant le mode ordinaire. L'hypothèque est consentie par le propriétaire à l'un de ses créanciers : elle se réalise dans un titre qui revêt la forme d'une obligation transmissible par endossement. Les droits qui appartiennent d'après le Code civil au créancier hypothécaire sont conférés également à tout endossataire régulier.

Le second procédé modifie plus profondément les théories de notre Code civil, touche à la création même de l'hypothèque et la transforme. Le propriétaire, en inscrivant une hypothèque, prend titre sur lui-même et en son nom. L'hypothèque ainsi établie constitue le propriétaire fictivement créancier de son propre immeuble et le titre d'obligation réelle résultant de cette créance est transmis, selon les besoins du crédit, au créancier véritable qui fait au propriétaire une avance de fonds. Ce second système permet de faire survivre le titre d'hypothèque à la créance qu'il a garantie pour la première fois. Le propriétaire qui a remboursé son débiteur rentre en possession de son titre et peut en user encore au profit de quiconque lui offrira de nouveaux capitaux. Un autre avantage résulte de la facilité qui est donnée à tout propriétaire de remplir à l'avance les formalités d'inscription de son hypothèque, avant même qu'il ait songé à utiliser le crédit de son immeuble à l'égard d'un créancier déterminé. C'est la théorie de l'hypothèque sur soi-même ou hypothèque du propriétaire.

Le premier procédé emprunte en la modifiant un peu la forme commune de l'hypothèque du créancier (1).

(1) Challamel, *De la cession des créances hypothécaires en droit français*, Paris, 1878, p. 3, 12, 13.

Nous n'avons pas jugé inutile de nous arrêter quelque peu à ces considérations générales et d'envisager les moyens de favoriser l'extension du crédit foncier par la mobilisation du sol. Ce difficile problème a été soulevé dans toutes les périodes de trouble et a donné lieu à plusieurs essais dans l'examen duquel nous n'aurons pas à entrer. Nous avons résumé succinctement le point de départ des deux procédés employés pour arriver à la mobilisation du sol : mais l'hypothèque du propriétaire peut emprunter aussi les procédés de l'hypothèque du créancier. Ce mélange des deux théories qui est en vigueur dans les lois actuelles de l'empire d'Allemagne avait été également adopté par le décret du 9 Messidor de l'an III dont il nous faut maintenant étudier les dispositions.

D'après l'art. 38 du décret, toute personne propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèque peut se faire délivrer sur elle-même, pour une durée n'excédant pas dix années, une cédule hypothécaire, à concurrence des trois quarts de la valeur des biens désignés dans la cédule. A cet effet, elle déclare, d'une manière détaillée, au bureau de la conservation des hypothèques tous les immeubles qu'elle possède dans l'arrondissement de ce bureau, en déposant les titres à l'appui de cette déclaration et elle indique en même temps la valeur de ces biens. Après examen des titres et contrôle de la valeur des biens mentionnée dans la déclaration foncière, le conservateur délivre une cédule qui sera transmissible par voie de l'endossement nominatif à ordre (art. 83 du décret). Le conservateur qui la délivre est garant de la valeur en capital des biens désignés dans la cédule et du montant des créances hypothécaires antérieures; en cas de doute sur

la valeur déclarée ou l'évaluation faite, le conservateur reste libre de recourir à une expertise. Pour qu'un titre comme la cédule puisse avoir une valeur sérieuse, il est évidemment nécessaire que le gage sur lequel il repose soit lui-même d'une réelle valeur. Mais au lieu d'en confier la constatation à la prudence et aux soins du créancier prêteur, le décret de messidor avait cru pouvoir établir à l'avance, d'une façon officielle et avec une certitude suffisante, la valeur vénale de chaque immeuble grevé d'obligations cédulaires. Cette détermination officielle avait des inconvénients dont la gravité devait entraîner la chute du système tout entier. L'obligation qui était imposée au conservateur de vérifier la déclaration des propriétaires entraînait pour lui une écrasante responsabilité que sa fortune personnelle ne pouvait évidemment pas supporter dans toute son étendue. Il en résultait une dépréciation considérable de l'immeuble dans l'estimation faite par le conservateur : de là, diminution notable du crédit immobilier.

Une conséquence immédiate de la responsabilité du conservateur était la liberté laissée à ce fonctionnaire de refuser au propriétaire la délivrance des cédules. Son refus pouvait être motivé par deux raisons très différentes : le défaut de justification de la propriété sur la tête du requérant ou l'exagération du chiffre dans la déclaration foncière. Quand le refus du conservateur se fondait sur le premier motif, on ne pouvait passer outre; le propriétaire était obligé de justifier pleinement de son droit et faisait cette preuve au moyen d'un certificat signé du corps municipal de la situation des biens, déclarant qu'on le reconnaissait publiquement pour être propriétaire de l'immeuble (art. 47 du décret). Cette

preuve essentielle, pour éviter que la cédule soit un titre insignifiant, est, comme nous le verrons, exigée par les législations étrangères qui ont admis l'hypothèque sur soi-même; en Allemagne, cependant, la preuve résulte de l'inscription; c'est là une des conséquences de la force probante des registres.

Le second motif que pouvait invoquer le conservateur pour se refuser à céduler l'immeuble était l'exagération de valeur faite par le propriétaire dans sa déclaration foncière. Ce motif appelait nécessairement la contradiction du propriétaire. Si les deux parties ne se mettaient pas d'accord, il fallait arriver à les départager. Le seul moyen prévu par le décret de messidor était l'expertise organisée dans les art. 48 à 77. Il est évident qu'on devait avoir fréquemment recours à ce procédé. Dans presque tous les cas, on pouvait être certain qu'il se produirait un désaccord entre le propriétaire et le conservateur. Le conservateur avait, en effet, grand intérêt à ne pas attribuer à l'immeuble cédulé une trop forte valeur. De son côté, le propriétaire qui ne pouvait requérir cédules que pour les trois quarts de sa propriété devait être facilement entraîné à majorer le chiffre de la déclaration foncière.

Une fois l'entente établie, soit dès l'abord, soit par l'expertise ou même la contre-expertise et une fois la propriété du requérant suffisamment prouvée, le conservateur pouvait délivrer à ce dernier les cédules réclamées mais l'inscription de ces titres sur le registre devait précéder la remise au propriétaire (art. 82 du décret). Toute cédule hypothécaire devait contenir essentiellement la déclaration des biens librement affectés à la garantie de la créance dont elle formait le titre. Dans ce but, la cédule contenait l'indication de la valeur

capitale du fonds, résultant de la déclaration foncière ou de l'expertise. Pour ajouter encore plus de crédit à ce titre dont la circulation était facilitée par tous les moyens, le législateur avait jugé prudent d'admettre qu'un immeuble ne fût jamais cédulé pour le montant intégral de sa valeur. Il avait compris que l'évaluation d'un bien, si précise qu'on puisse l'imaginer, offre toujours, aux prises avec les circonstances, une incertitude dont le crédit hypothécaire ne peut se contenter. D'où l'obligation imposée par les art. 80 et 36 au conservateur de ne délivrer, sous sa responsabilité, des cédules que jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de l'immeuble. De cette sorte, il fallait supposer que l'immeuble hypothéqué, étant mis aux enchères, s'abaissât à un prix inférieur aux trois quarts de sa véritable valeur pour que les créanciers cédulaires courussent le risque de ne pas être payés sur le prix. Cette éventualité fort improblable laissait supposer que la garantie immobilière résultant des cédules était absolue et complète. Cette restriction faite, il pouvait être incommode pour le propriétaire de ne pouvoir hypothéquer son immeuble qu'à une seule créance et par un seul et même titre : il serait impossible, dans la plupart des cas, de négocier une cédule, s'il fallait trouver un prêteur qui avançât une somme égale aux trois quarts de la valeur d'un immeuble. D'où la nécessité de fractionner les titres cédulaires établie par l'art. 81 qui permet au requérant d'obtenir telles coupures qui lui sont utiles.

En ajoutant la disposition de l'art. 78 du décret qui prescrit au conservateur, toujours sous sa responsabilité, de laisser écouler le délai d'un mois entre la réquisition et la délivrance des cédules, cela pour permettre aux créanciers qui ont

obtenu sur l'immeuble à céduler une hypothèque antérieure à la demande des cédules, de faire inscrire leur cause de préférence et de faire figurer le montant de leurs créances dans l'estimation de l'immeuble à fractionner; en rappelant l'obligation, pour le conservateur, de ne délivrer des cédules que pour les trois quarts de la valeur matérielle de l'immeuble et de tenir compte, dans son estimation, des hypothèques préalablement consenties, nous aurons épuisé les diverses formalités indispensables à la création des titres cédulaires.

Supposons maintenant que des cédules aient été délivrées conformément à la loi. La déclaration foncière du propriétaire a été acceptée par le conservateur ou l'expertise a déterminé la valeur capitale de l'immeuble. Un mois s'est écoulé depuis la réquisition de la cédule et il n'est point survenu d'inscriptions durant ce délai. Le conservateur a calculé le chiffre total des créances garanties par des hypothèques antérieures ; il a déduit ce chiffre de la valeur officielle de l'immeuble : le montant de la cédule ajouté au chiffre des hypothèques antérieures ne dépasse pas les trois quarts de cette valeur, il délivre la cédule. Quelle va être la nature juridique de ce titre ?

La cédule est un titre de créance. Tant qu'elle n'est pas remise à un tiers, l'obligation souscrite par le propriétaire constitue une valeur fictive n'établissant point un rapport d'obligations entre deux personnes, mais préparant une créance éventuellement possible. A la créance ainsi constituée, la cédule attache la garantie d'une hypothèque. De cette sorte, le jour où naîtra véritablement la créance dont la cédule porte reconnaissance, l'hypothèque apparaîtra, déjà consentie par le débiteur, et, ce qui est plus remarquable,

déjà inscrite. Jusqu'à ce jour, la cédule ne procure à personne aucun droit, elle n'engendre aucune action. Son seul effet est de frapper l'immeuble cédulé d'indisponibilité, de telle sorte que, des créanciers obtenant une hypothèque après la délivrance des cédules, ne pourront se faire inscrire sur l'immeuble au préjudice des créanciers cédulaires.

Laissons de côté, pour y revenir en terminant, le cas peu probable où le propriétaire reste détenteur des cédules qu'il s'est fait délivrer. Le plus généralement, en effet, il ne les conservera dans son portefeuille que jusqu'au moment où il aura l'occasion de les transférer à un tiers. Supposons qu'une telle occasion se présente : un prêteur de deniers consent à avancer une certaine somme moyennant la garantie d'une cédule de pareille valeur. La cession de la cédule résultera, au profit du créancier, de l'endossement qui lui sera fait sur le titre même. La cédule portait à cet effet des mentions d'endossement toutes préparées que le propriétaire complétait par l'indication du nom du prêteur et sa signature. L'endossement s'effectue ainsi sans la moindre formalité et va résulter d'un engagement sous seing privé. Par les endossements successifs, la cédule va circuler comme un effet de commerce ordinaire : transmissible par voie de l'endossement, elle va constituer un titre exécutoire contre celui qui l'a souscrite au profit de celui à l'ordre duquel elle est passée, mais sans aucun recours de garantie d'un endossement à l'autre, sauf le cas de faux. Cette libre circulation assurée par le décret de messidor va même compléter pour le détenteur la sécurité procurée par les diverses formalités de la création du titre, en empêchant d'arrêter, entre ses mains, la circulation de la cédule par aucune opposition principale ou en sous-ordre.

Dès lors, il est facile de se rendre compte de tous les avantages qui pouvaient résulter, pour le propriétaire foncier, de la faculté à lui donnée, de prendre, avant que la nécessité s'en soit fait sentir, hypothèque sur son propre immeuble et d'avoir ainsi à sa disposition un titre hypothécaire immédiatement utilisable, à l'abri de toute opposition et d'une transmission aussi facile, aussi rapide et n'entraînant aucun frais. « Tandis que la créance hypothécaire, dit Gillard (1), restait » enchaînée dans les formalités du transport par acte authen- » tique, avec notification et enregistrement au bureau des » hypothèques, une simple mention mise par le cédant au » dos du titre suffisait à opérer la cession de la créance cédu- » laire. De là pour celle-ci, au point de vue des avantages » qu'elle procurait aux prêteurs et aux emprunteurs, une » supériorité considérable sur la première ».

Les cédules une fois délivrées sont donc un précieux instrument de crédit pour le propriétaire, qui pourra les négocier sans aucune formalité et se procurer ainsi des fonds plus facilement que par une constitution d'hypothèque. Les cédules délivrées représentant la valeur de l'immeuble, tout détenteur de cédules a droit à une portion du prix de cet immeuble et le caractère curieux de cette institution est que cette créance se trouve indépendante de toute obligation personnelle. Le seul débiteur ici est l'immeuble et le détenteur ne peut avoir aucun recours contre le propriétaire qui lui a délivré la cédule. La plupart du temps, il est vrai, le propriétaire ne se dessaisira de ses cédules que pour garantir l'exécution d'une obligation qu'il aura contrac-

(1) Gillard, *Constitution de l'hypothèque conventionnelle*, p. 46.

tée, mais le caractère indépendant de la cédule n'en subsiste pas moins. Supposons, en effet, qu'à la suite d'un prêt, un propriétaire ait fait abandon au prêteur d'une ou plusieurs cédules dont le montant est égal à la somme empruntée ; le jour où l'emprunteur arrivera à se libérer, les cédules devraient disparaître avec l'obligation à l'exécution de laquelle elles étaient attachées. Ce n'est pas ce qui se produit, tant il est vrai que la cédule n'est pas une sûreté accessoire ; elle ne disparaît pas par l'extinction de la dette. Une seule opération peut faire disparaître la cédule, c'est la radiation sur les registres ; de plus, l'expiration du délai de dix ans qui ne saurait être dépassé, malgré la volonté des parties, amène l'extinction des titres cédulaires. En dehors de ces deux causes de disparition, le paiement de la cédule à son échéance laisse survivre l'hypothèque cédulaire. Cette hypothèque garantit alors une créance fictive que le propriétaire voit naître contre lui-même : tout se passe comme si aucune transmission de cédules n'avait eu lieu et le propriétaire aura une hypothèque sur son propre immeuble, faute de pouvoir faire reposer sur la tête d'un tiers la créance éventuelle que la cédule créait à son profit.

En pratique, le propriétaire pourra transmettre la cédule à un tiers après l'échéance. Si le tiers porteur, payé à l'échéance, donne son acquit sur la cédule, on devra, il est vrai, considérer ce titre comme éteint d'une façon entière, car la chaîne des endossements se trouvant rompue, ne peut être rétablie en présence de l'acquit donné sur le titre. Mais les choses pouvaient se passer autrement : les endossements en blanc étaient autorisés par la loi, qui n'exigeait même pas la formalité de la date. Si donc le propriétaire voulait faire ser-

vir la cédule à la garantie d'une nouvelle dette, il priait le porteur de lui signer un endossement en blanc. Avec cette signature qui mettait le porteur entièrement en sûreté, le propriétaire effectuait le paiement, retirait des mains du porteur la cédule qu'il passait à l'ordre de son nouveau créancier.

Telle est dans son ensemble l'innovation implantée en France par le décret du 9 messidor de l'an III ; nous avons vu quels avantages la cédule avait sur la créance hypothécaire au point de vue de la circulation ; elle ne demande, en effet, aucune autre condition que celle de l'endossement et évite l'emploi des formalités usitées pour les cessions de créances. Au point de vue de la réalisation, elle offre encore des avantages sérieux : si l'immeuble servant de gage vient à être vendu, le créancier cédulaire, à la différence des créanciers hypothécaires, n'a pas à demander sa collocation et à justifier de ses droits (art. 168 du décret). La cédule fait foi par elle-même et les droits de tout créancier cédulaire se conservent d'eux-mêmes : c'est là une des conséquences de la responsabilité du conservateur et de toutes les précautions qui entourent la délivrance des cédules. De plus, à la différence des créanciers hypothécaires qui devaient laisser écouler le délai d'un mois avant de requérir paiement de leurs créances colloquées en ordre utile, les créanciers cédulaires recevaient leurs mandats de paiement au moment même de leur présentation (art. 166-203 du décret). L'art. 166 disait à cet effet : « Il ne pourra être délivré par le juge de paix ou le receveur » de district et dépositaire des deniers de la vente, aucun » mandat de payer aux parties prenantes, avant l'expiration » du mois, à partir du jour de l'adjudication ». L'observation de ce délai à l'égard des créanciers hypothécaires avait pour

but de permettre à toutes personnes intéressées de soulever des contestations contre le paiement des créances hypothécaires. La prescription de cet art. 166 ne pouvait s'appliquer aux créanciers cédulaires, dont le titre, en vertu de son caractère essentiellement réel, ne pouvait être arrêté par aucune opposition, ni faire l'objet d'un sous-ordre (art. 83). De là, la disposition de l'art. 203 du décret : « Les porteurs » de cédules hypothécaires indiquées par l'extrait du livre de » raison des hypothèques pour venir en ordre utile, ne seront » point assujettis au délai de l'art. 166 ; en conséquence et » aussitôt leur présentation à l'ordre, le juge de paix déli- » vrera pour les acquitter tous mandats nécessaires. »

Malgré tous les avantages qu'elle faisait entrevoir, la conception de la cédule hypothécaire dans laquelle la sécurité du prêteur n'était assurée, quant à la valeur des biens donnés en hypothèque, que par la responsabilité du conservateur, aurait été une tentative bien téméraire de mobilisation du crédit immobilier. En 1795, au milieu de la crise économique causée par le bouleversement social de la France, ces innovations étaient impraticables.

La responsabilité du conservateur des hypothèques à l'égard de tous les immeubles cédulés placés dans le ressort de son bureau s'étendait à trop de cas pour être sérieuse. A l'égard des conservateurs, elle était écrasante ; à l'égard des personnes garanties, elle était illusoire. L'obligation qui s'imposait au propriétaire, pour créer de nouvelles cédules, de recommencer *ab initio* toute la procédure de la déclaration foncière et de la délivrance des cédules l'entraînait à des frais toujours fâcheux et il eût été préférable de donner aux cédules une durée illimitée. Le but fiscal poursuivi par le législateur de

l'an III, qui rapportait tout à l'État en chargeant l'État d'établir le crédit de chaque citoyen, constituait encore un échec à la réussite du projet qui reposait sur une idée fausse. Dans la pensée des rédacteurs du décret, la création des cédules n'avait d'autre fin que de transformer les immeubles en numéraire, uniquement pour multiplier la monnaie et non pour servir au crédit de la terre. La cédule devait accroître et multiplier la fortune circulante des citoyens; elle était un billet mobilier valant un immeuble. On aurait payé en cédules comme on payait en assignats : on battait monnaie avec le sol, non au profit du sol lui-même, mais uniquement pour créer de la monnaie. C'était là un procédé impossible et ruineux, ne répondant pas au but poursuivi : le développement du crédit immobilier. Le crédit de la terre se développe lui-même quand les circonstances le permettent; tout ce que pouvait faire la loi était de ne pas mettre obstacle à son accroissement; c'est, au contraire, ce que faisait le décret de messidor en créant par la voie de la contrainte la monétisation du sol. Au lieu d'être un procédé de crédit foncier, la circulation des cédules était devenue un procédé fiscal. La détermination officielle de la valeur des immeubles, les formalités et le tarif très élevé des expertises, la responsabilité du conservateur apportaient évidemment des inconvénients sérieux à l'application du décret de messidor, mais ces obstacles, qui n'étaient pas insurmontables par eux-mêmes et aux conséquences desquels il était possible d'obvier (nous verrons tous les inconvénients de la cédule disparaître dans l'institution similaire du bon foncier), ne pouvaient pas être compris dans une période aussi troublée que celle où ils se présentaient. Malgré le mérite incontestable de l'idée originale qui

avait présidé à la création des cédules hypothécaires et malgré le brillant avenir que pouvait réserver une période de paix à l'hypothèque sur soi-même, l'institution sombra dans le cataclysme général.

Jusqu'à ces derniers temps, l'opinion générale était même que le décret du 9 messidor n'avait jamais été appliqué. (V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.,* préface p. 28; Falcimaigne, *De la publicité des hyp.*, thèse, p. 455; Challamel, *De la cession des créances hypothécaires,* p. 72; Ferron, *De la publicité des droits réels immobiliers,* p. 113; Besson, *Livres fonciers,* p. 92). Ce dernier auteur prétend que la seule mesure d'exécution qui s'y rapporte est le décret du 1er thermidor an III, nommant le citoyen J.-B. Jollivet aux fonctions de conservateur général des hypothèques. Prorogé successivement par les lois des 26 frimaire, 19 ventôse, 19 prairial et 24 thermidor de l'an IV, suspendu indéfiniment par la loi du 28 vendémiaire an V, le code hypothécaire de l'an III serait resté à l'état de lettre morte jusqu'au jour où ses dispositions firent place à celles de la loi du 11 brumaire an VII. Cette opinion avait été combattue, il y a quelques années, par M. Georges Rondel dans son ouvrage sur la mobilisation du sol en France (Paris, 1888) et avec des arguments qui ne laissaient guère de place au doute. Depuis, cette thèse a été absolument confirmée par une véritable découverte faite au premier bureau des hypothèques de la Seine. M. Flour de Saint-Genis y a retrouvé une série de 20 volumes ayant servi à l'accomplissement des formalités hypothécaires du 17 frimaire an IV au 9 germinal an VII; il a constaté l'existence de 8827 articles passés en conformité de la nouvelle loi; d'où il conclut : « Que le nouveau système

semble avoir possédé la faveur du public » et que « le mouvement des affaires a été considérable ». (Flour de Saint-Genis, **Les vieilles archives d'un bureau d'hypothèque à Paris**, *Annales de l'enregistrement,* 3e série, année 1893.) Tout porte dès lors à croire que la législation hypothécaire de l'an III fut appliquée, mais, très critiquée dès son apparition, elle devint l'objet de vives discussions entre les cédulistes et les romanistes. La lutte finit par une transaction, le principe de la publicité des hypothèques se maintint, en sacrifiant le crédit cédulaire : telle fut la solution adoptée par la loi du 11 brumaire de l'an VII.

Quoi qu'il en soit, dans quelque mesure qu'elle ait été appliquée, nous trouvons dans l'hypothèque préconstituée ou hypothèque sur soi-même et dans sa manifestation, la cédule hypothécaire du décret de messsidor, un nouveau cas d'hypothèque du propriétaire. L'art. 79 du décret nous dit : « Les cédules confèrent sur les biens du requérant hypothè- » que à la date de la réquisition ». La généralité des termes de cet article porte donc à croire que tout détenteur d'un titre cédulaire, quel qu'il soit, possède une créance hypothécaire contre l'immeuble, seul débiteur, et il ne paraît pas admissible de faire, pour le propriétaire, des réserves qui n'ont pas été prévues par le décret. Nous laissons de côté la période originaire pendant laquelle le propriétaire garde en portefeuille, sans les négocier, les cédules qu'il s'est fait délivrer ; à ce moment-là, et tant que la cédule n'est pas délivrée à un tiers, l'obligation souscrite par le propriétaire n'est qu'une valeur fictive préparant une créance éventuellement possible. La créance cédulaire du propriétaire contre lui-même est une simple fiction, établie *utilitatis causa,* dans le

but de préparer une situation ultérieure qu'il est utile dès à présent de prévoir. A ce moment-là, il n'y a pas d'obligation réelle : la délivrance des cédules a pour seul effet de frapper l'immeuble d'indisponibilité, mais l'immeuble n'est pas à proprement parler grevé, il n'est pas encore débiteur. L'obligation réelle ne prend naissance qu'au jour où le propriétaire se démunit, au profit d'un tiers, d'une ou plusieurs cédules. Ce jour-là seulement il y a obligation; il y a un débiteur qui est l'immeuble, il y a un ou plusieurs créanciers : ce sont les détenteurs de cédules. Mais alors si le propriétaire, après avoir négocié plusieurs titres, en garde quelques-uns, pouvons-nous lui refuser la qualité de créancier hypothécaire de son immeuble? Il ne saurait plus être parlé ici de créance fictive, car l'obligation réelle est véritablement née du jour de la négociation de la première cédule. Le propriétaire possède sur son immeuble une créance hypothécaire garantissant le montant des cédules qu'il détient, comme il jouit encore de sa qualité de propriétaire, le voilà à la fois créancier hypothécaire et propriétaire du même bien. Quelle va être l'utilité de son hypothèque? Elle n'apparaît pas au premier abord, car on ne saurait reconnaître au propriétaire l'exercice du droit de suite, le droit de poursuivre l'expropriation forcée de son immeuble pour se faire rembourser le montant de sa créance hypothécaire. Son droit d'hypothèque va donc se trouver paralysé par la présence, sur sa tête, du droit de propriété. Est-ce à dire qu'il a disparu? Nous ne le croyons pas; tout nous porte à croire, au contraire, que ce droit va reprendre toute sa vigueur du jour où l'immeuble aura cessé de lui appartenir, que le droit de préférence sur le prix de l'adjudication va s'exercer dans toute sa plénitude et que le

propriétaire détenteur de cédules va se trouver appelé à la distribution pour le montant de ses titres cédulaires. Cette solution, difficile à justifier en présence du mutisme des textes, trouve encore sa raison d'être dans le respect absolu des règles de l'équité. Supposons un propriétaire qui, sur un immeuble d'une valeur matérielle de 100.000 fr., a obtenu des titres cédulaires pour 75.000 fr.; il a négocié des cédules pour une somme de 50.000 fr. et a gardé le surplus en portefeuille. Les titres arrivent à échéance et ne sont pas payés : les créanciers impayés poursuivent la vente de leur gage; c'est leur droit conféré par l'art. 110 du décret; l'adjudication a lieu dans les formes édictées par les art. 110 à 209 et un ordre est ouvert; le propriétaire y sera-t-il appelé? Le décret de messidor ne contient aucune décision relative à cette situation, mais de la généralité de l'art. 203 qui appelle à la distribution « *tout porteur de cédules* », nous n'hésitons pas à conclure que le propriétaire ne saurait être écarté. Les lois allemandes ont été plus précises en la matière, mais le silence du décret de messidor ne nous paraît pas un argument suffisant pour écarter le propriétaire. Cette dernière solution serait par trop contraire à l'équité, et, partant de ce principe, que du jour de la négociation des cédules, l'immeuble est déclaré débiteur à l'égard de *tous détenteurs de titres cédulaires*, nous n'hésitons pas à appeler à la distribution le propriétaire qui, ne pouvant éviter la vente de son bien, se fera au moins rembourser le montant de la valeur de son immeuble resté inutilisée entre ses mains. C'est là un véritable droit de préférence reconnu au propriétaire; cet élément du droit hypothécaire ne peut lui être concédé qu'autant que l'existence du droit de propriété n'a pas nui à la

survie de son droit hypothécaire. Nous terminons en disant, comme dans les espèces précédentes, que si l'hypothèque reste à l'état de sommeil tant que le propriétaire est en possession de son bien, elle lui devient d'un précieux secours et constitue l'unique sauvegarde de ses intérêts quand le droit de propriété vient à lui échapper.

TROISIÈME PARTIE

L'hypothèque du propriétaire en droit allemand.

Dans notre examen de la législation romaine et du droit civil français, nous avons analysé un des caractères constitutifs de l'hypothèque ; nous avons essayé de constater dans plusieurs situations anormales la disparition des éléments essentiels de cette sûreté. En admettant au profit du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui obtient le bénéfice de la *successio in locum,* une hypothèque sur sa propre chose, en dégageant de l'art. 1251-2° du code civil et de la loi du 13 février 1889 plusieurs cas d'hypothèque du propriétaire, nous avons voulu prouver que l'hypothèque ne pouvait pas être considérée comme revêtant toujours le même caractère. La réunion, sur la même tête, des qualités incompatibles de créancier hypothécaire et de propriétaire d'une même chose nous mettait en présence d'une grosse difficulté ; ou bien, en effet, l'hypothèque est toujours un démembrement du droit de propriété, comme tel ne doit pas échapper aux règles générales et va disparaître par confusion dès qu'elle se trouve réunie au droit réel absolu ; ou bien nous nous trouvons en présence d'une hypothèque revêtue d'un caractère spécial,

d'une hypothèque indépendante existant par elle-même sans le secours d'aucune obligation personnelle. Cette théorie nouvelle, que nous avons trouvée manifestement expliquée dans le décret du 9 messidor de l'an III, ne saurait nous fournir une conclusion : car si le décret organise de toutes pièces la théorie de l'hypothèque indépendante, si cette innovation reproduite intégralement dans les lois allemandes les plus récentes n'en est pas moins d'origine française, nous n'osons pas affirmer, étant donnée la durée éphémère de ce décret de l'an III, que ses dispositions soient entrées dans l'esprit de notre législation et qu'on ait connu en France une hypothèque autre que l'hypothèque démembrement de la propriété. Les cas d'hypothèque du propriétaire, successivement examinés, nous ont permis de constater que l'hypothèque restait toujours intimement liée au sort de la créance à la garantie de laquelle elle était attachée. Si elle ne disparaît pas par la confusion et subsiste à l'état latent à côté de la propriété, nous savons qu'il y a là une exception apportée par l'équité aux principes généraux ; nous pourrions même dire que la survivance d'une hypothèque dépourvue de toute efficacité, tant qu'elle se trouve en présence de la propriété, n'apporte aux principes qu'une exception partielle.

La seule hypothèque acceptée en France est donc l'hypothèque du droit romain constituant un droit accessoire, accompagnant une créance, vivant par elle et pour elle, et ne se concevant pas sans la coexistence de cette créance. Si donc cette dernière est nulle ou s'éteint, l'hypothèque, par voie de conséquence, doit s'annuler ou s'éteindre. En outre, l'hypothèque est un privilège conventionnel qui ne peut, en aucun cas, diminuer les garanties de paiement que le créancier

trouve dans le droit commun. Le créancier hypothécaire, dans notre législation, est pourvu de deux droits qui s'ajoutent l'un à l'autre : le droit personnel, qui résulte du rapport d'obligations existant entre les parties contractantes et qui grève le patrimoine entier du débiteur ; le droit réel, qui se fait l'auxiliaire du premier et qui grève spécialement une des choses de ce même patrimoine. Cette affectation spéciale frappe une chose déjà grevée de l'obligation personnelle et l'objet du gage se trouve ainsi atteint deux fois pour une même dette. Si donc l'hypothèque venait à s'éteindre, l'obligation générale dont est chargée cette chose n'en durerait pas moins. Le créancier hypothécaire qui renonce à son hypothèque reste créancier. L'hypothèque qui s'éteint découvre l'obligation personnelle qu'elle garantissait, mais elle la laisse subsister tout entière, avec les effets qu'elle était par elle-même capable de produire. En outre, l'affectation spéciale d'une chose à une obligation ne fait pas obstacle à ce que le reste du patrimoine du débiteur soit garant de cette obligation. L'hypothèque qui grève une chose ne dégrève pas de l'obligation personnelle les autres biens du débiteur.

L'hypothèque indépendante admise de nos jours par la législation germanique qu'il nous reste à étudier, déroge à ces principes.

On lui a donné un nouveau nom ; c'est la dette foncière (Grundschuld). L'idée la plus précise qu'on puisse se faire de la Grundschuld, c'est qu'elle constitue un rapport d'obligation, exclusif entre une personne et une chose. Par la Grundschuld, c'est la terre qui doit : la dette foncière n'est pas l'accessoire d'une autre dette. On ne saurait trouver en elle deux rapports d'obligations coexistants : l'un principal,

s'exerçant à l'égard du débiteur, l'autre accessoire, s'exerçant à l'égard de la chose et pouvant accidentellement se séparer l'un de l'autre. La dette foncière n'est l'accessoire d'aucune dette personnelle; elle existe *per se* à peu près comme notre ancienne rente foncière dont elle ne diffère qu'en ce qu'elle est remboursable et exigible, au lieu que la rente foncière ne l'était pas. Il est vrai que, le plus souvent, la dette foncière sera constituée à raison de quelque obligation personnelle existant entre le constituant et l'acquéreur. Mais, même en ce cas, la dette foncière différera de l'hypothèque en ce que, au lieu d'être l'accessoire de l'obligation personnelle, elle en sera tout à fait indépendante; elle ne sera ni viciée par suite des vices de l'obligation personnelle, ni éteinte par suite de l'extinction de l'obligation personnelle; étant exclusivement foncière, elle tirera toute sa force de l'inscription au livre foncier et durera tant que durera l'inscription. Elle constituera par là une valeur aussi certaine que le fonds sur lequel elle repose. Elle aura la sûreté d'un immeuble et sera en même temps, comme nous le verrons, d'un transport aussi facile que les effets de commerce.

Il nous reste donc à étudier la théorie nouvelle de l'hypothèque indépendante, existant par elle-même et jouissant d'une individualité propre. Cette nouvelle théorie, d'origine française, organisée de toutes pièces par le décret du 9 messidor de l'an III, a acquis droit de cité en Allemagne où elle a été consacrée par la loi prussienne du 5 mai 1872 et par le nouveau code civil du 18 août 1896. Nous subdiviserons notre étude et commencerons par l'examen de la loi prussienne de 1872; cela nous permettra de retrouver dans les Grundschulden la théorie entière des cédules hypothécaires.

Nous terminerons par l'étude du nouveau code civil, qui, tout en modifiant plusieurs articles relatifs aux bons fonciers, a consacré définitivement la théorie nouvelle de l'hypothèque du propriétaire et donné l'énumération des cas dans lesquels elle se présente.

CHAPITRE PREMIER

LE BON FONCIER ET LA LOI PRUSSIENNE DU 5 MAI 1872.

L'idée fondamentale de la cédule hypothécaire est que c'est une dette du fonds, une dette de l'immeuble, dette dans laquelle il n'y a d'autre débiteur que l'immeuble lui-même. Nous trouvons cette idée reprise et développée dans la loi prussienne de 1872 et dans le nouveau code civil allemand dont la partie neuve et la plus originale est consacrée à l'étude des diverses charges réelles servant à assurer le crédit foncier : l'hypothèque, la dette foncière et la rente foncière. Leur objet commun est de procurer à l'intéressé le paiement d'une certaine somme d'argent sur un fonds, c'est-à-dire sur le produit de la vente sur expropriation forcée de ce fonds. Elles diffèrent en ce que dans l'hypothèque et la dette foncière, l'intéressé n'a droit qu'à un capital une fois payé, tandis que dans la rente foncière il a droit, en principe, à une rente en argent payable à des époques déterminées.

Entre l'hypothèque et la dette foncière, il y a une différence essentielle que nous ne croyons pas inutile de rappeler : dans la première, le droit réel appartenant au créancier suppose une créance personnelle dans le chef de ce dernier, tandis que la dette foncière est indépendante de toute créance personnelle. La dette foncière fût-elle même constituée pour garantie d'une créance, le droit du créancier n'est pas atteint

si la créance est nulle ou s'éteint et le propriétaire n'a dans ce cas qu'une action personnelle en restitution.

La dette foncière est la forme par excellence du crédit réel pur. On l'a nommée très justement l'hypothèque abstraite; elle est représentée par un titre spécial : le bon foncier (Grundschuldbrief). La dette foncière naît d'une double formalité, l'inscription et la délivrance du bon; il en était de même pour la cédule.

Pour obtenir des bons fonciers, le propriétaire d'un ou plusieurs immeubles adresse une demande au juge conservateur. Cette requête doit contenir :

1° La désignation de l'immeuble;

2° L'évaluation de cet immeuble;

3° Le nom du créancier qui doit figurer à la fois sur le registre et sur le bon. Toutefois cette disposition de la loi de 1872 vient d'être modifiée par le nouveau code de 1896 dont l'art. 1195 est ainsi conçu : « Une dette foncière peut être » constituée de telle façon que la lettre de dette foncière soit » établie au porteur. Sont applicables par analogie à pareille » lettre les dispositions relatives aux obligations au porteur ». Dorénavant, il peut donc être délivré des bons fonciers ne mentionnant aucun nom de créancier; c'est là une grande différence avec l'hypothèque, qui forcément est nominative et même avec la cédule hypothécaire, qui, nous l'avons vu, était négociable par l'endossement à ordre.

4° La date de l'échéance ou les conditions du remboursement. Généralement la dette foncière, pas plus que les obligations en général, n'est pas exigible à terme certain; pour qu'elle le soit, il faut une dénonciation qui sera faite par le créancier ou par le propriétaire. Cette dénonciation servira

de point de départ à un délai à l'expiration duquel il y aura exigibilité. Cette règle est consacrée en matière de dette foncière par l'art. 1193. « Le capital de la dette foncière » n'échoit qu'après dénonciation préalable. Le droit de faire » cette dénonciation appartient aussi bien au propriétaire » qu'au créancier. Le délai de dénonciation comporte six » mois ». Donc, en règle générale, pour qu'il y ait exigibilité, il faut une dénonciation préalable. Mais l'art. 1193 ajoute qu'il est permis de déroger à cette disposition et dans les cas où les parties auront voulu déterminer la date de l'échéance, le propriétaire devra, dans sa requête, indiquer le terme fixé.

5° Il devra enfin indiquer le taux des intérêts et l'époque à laquelle ils commencent à courir. A la différence de la cédule, le bon foncier est, comme nous le verrons, productif d'intérêts.

Contrairement aux dispositions du décret de messidor de l'an III, la loi prussienne de 1872, pas plus que le code civil de 1896, ne donne au juge-conservateur aucun moyen de contrôle. Au reçu de la requête, il n'aura pas à se préoccuper de savoir si l'évaluation est exacte et ne pourra ouvrir aucune enquête ; il s'en rapportera aux dires du propriétaire et délivrera les bons fonciers : sa responsabilité est absolument à couvert, car en matière de dette foncière, tout est abandonné à l'initiative privée. Ainsi la loi prussienne a su éviter un des vices primordiaux du décret de messidor, vice qui devait entraîner chez nous la chute du système.

Une fois nanti des bons fonciers, le propriétaire allemand se trouvera dans une situation analogue à celle de notre propriétaire muni de cédules hypothécaires. Il aura entre

ses mains un instrument de crédit dont il pourra disposer sans aucune difficulté car la circulation des bons fonciers n'est pas soumise aux formalités ordinaires des cessions de créance. D'après la loi de 1872 (art. 54) les bons fonciers étaient, en effet, transmissibles par voie de l'endossement à ordre pour lequel aucune publicité n'était exigée; depuis le nouvel art. 1195 ils sont assimilés aux titres au porteur et tout détenteur du bon a le droit de le négocier comme il l'entend. Comme dans le décret de messidor, le propriétaire allemand se fera délivrer à l'avance des droits réels sur son immeuble. Il les gardera jusqu'au moment où, ayant besoin d'emprunter, il pourra utiliser cet instrument de crédit, endosser le bon foncier à l'ordre de son prêteur ou même, depuis 1896, remettre simplement le titre à son créancier.

Jusque là, nous n'avons pas trouvé, à part quelques différences de détail dans leur mode de formation, de véritables dissemblances entre le bon foncier et la cédule hypothécaire; les deux institutions entre les mains du propriétaire peuvent être considérées comme des hypothèques délivrées à l'avance, comme une valeur immédiatement disponible sans aucune des formalités requises pour la cession des droits. Les quelques différences qu'on peut signaler consistent en ce que le bon foncier est productif d'intérêts à la différence des titres cédulaires. Les cédules n'étaient pas par elles-mêmes productives d'intérêts et de là pouvaient naître de grandes difficultés pour le propriétaire à négocier ces titres. Pour faire disparaître cet inconvénient, deux moyens restaient à sa disposition : *a)* ou bien compléter le titre cédulaire par une autre reconnaissance sous seing privé, portant obligation de servir des intérêts à termes fixes au porteur de la cédule. Ce premier pro-

cédé apportait aux opérations une complication assez gênante en créant, à côté de l'obligation cédulaire, une seconde créance qui était loin d'avoir la même garantie que la première. Alors que le capital de la créance était garanti hypothécairement, les intérêts ne l'étaient pas et cette créance devait s'évanouir avec la solvabilité du débiteur. Du reste, ce procédé laissé à l'initiative des particuliers, n'avait pas été prévu par le décret de messidor ; *b)* ou bien transmettre ses cédules pour un prix inférieur à leur valeur nominale, le prêteur bénéficiant, lors du remboursement, de cette différence. Ce second moyen facilitait l'usure. — Le bon foncier, au contraire, était productif d'intérêts ; pour faciliter le paiement de ces intérêts, la loi permettait de joindre au bon foncier des bons spéciaux (Zinsquittungsscheine) qui formaient de véritables coupons d'intérêts payables au porteur (L. I, art. 27, 39, 55, L. II. art. 122, 128). Quand il avait été délivré des coupons d'intérêts, le propriétaire n'avait pas à se préoccuper de savoir si ces coupons lui étaient présentés à l'échéance par le possesseur du bon ; les coupons avaient, en effet, pu être négociés à leur tour et devaient être acquittés entre les mains du porteur, quel qu'il fût. — De plus la valeur du bon n'est en aucun cas soumise à l'examen et au contrôle du juge-conservateur dont la responsabilité n'est pas engagée et qui n'a pas à observer, dans la délivrance des bons fonciers, de proportion entre la valeur de l'immeuble mobilisé et le montant des bons.

Une des différences importantes qui séparent la cédule hypothécaire du bon foncier nous apparaît à propos du rang de ces titres. Les différentes cédules requises et délivrées en même temps n'ont pas de rang déterminé les unes par rapport aux autres. Elles ne sont que les fractions juridiquement

équivalentes d'une seule cédule divisée seulement pour les besoins d'une négociation rapide, car aucune disposition du décret n'exige que les cédules reçoivent un numéro d'ordre. La seule date pouvant déterminer l'ordre des titres cédulaires est le jour de la délivrance ; il s'ensuit que tous les détenteurs de cédules délivrées le même jour jouissent de droits égaux. Dans le cas où le prix de l'immeuble est insuffisant pour payer toutes les cédules, il n'y a pas à tenir compte de l'ordre de présentation des créanciers et on ne saurait donner la préférence au plus diligent. Ils viendront tous au même rang et, au cas d'insuffisance du prix, recevront tous un paiement partiel au marc la livre. Pour le surplus, ils pourront recourir contre le conservateur des hypothèques, responsable sur toute sa fortune, des déclarations de valeur de l'immeuble que les cédules contenaient (art. 36 du décret de l'an III). Là encore, au cas d'insuffisance de la fortune du conservateur, il ne saurait être question de causes de préférence et tous les créanciers cédulaires devront subir un remboursement proportionnel.

A la différence des cédules hypothécaires, les bons fonciers délivrés simultanément au propriétaire n'ont pas un rang égal d'inscription et les porteurs de ces titres ne viennent pas en concours sur l'immeuble, lors d'une expropriation. Chacun d'eux, en effet, porte un numéro d'ordre qui le classe à un rang dans la série des charges dont l'immeuble est frappé et ce numéro ne peut être attribué plusieurs fois. Cette disposition permet au propriétaire d'utiliser les circonstances, d'engager par une cession un bon foncier de rang inférieur avant un autre bon de rang préférable et de mesurer ainsi la garantie qu'il donne au crédit dont il a besoin.

La cédule hypothécaire et le bon foncier diffèrent de plus en ce sens que le droit, pour le propriétaire détenteur de bons fonciers de venir à la distribution est formellement établi par les lois allemandes alors que le décret de messidor laisse place à tous les doutes.

La dette foncière peut naître au profit du propriétaire lui-même qui pourra avoir ainsi en mains le titre de la dette de son immeuble ; nous avons vu que c'était là un des avantages du bon foncier de donner au propriétaire un instrument de crédit facilement négociable. L'art. 27 de la loi de 1872 s'exprime ainsi : « Tout propriétaire pourra faire inscrire sur ses » immeubles des dettes foncières en son propre nom et se » faire délivrer en son nom des bons fonciers ». L'art. 1196 du nouveau code civil maintient cette disposition en disant : « La dette foncière peut aussi être constituée au profit du pro- » priétaire. Pour la constituer, il faut que le propriétaire » déclare à l'administration du registre foncier que la dette » foncière doit être inscrite en son nom au registre foncier, » et l'inscription doit être opérée ». Tout propriétaire d'un immeuble peut donc se faire délivrer des bons fonciers et obtenir ainsi un titre de créance contre son immeuble, seul débiteur. Comme tout porteur de bon foncier, il aura droit sur le prix de l'immeuble, à une somme équivalente au montant de ses bons ; pourra-t-il venir à l'ordre et concourir sur le montant du prix pour le chiffre et au rang de ses bons fonciers ? La loi de 1872 se prononce pour l'affirmative ; le nouveau code de 1896 semble conserver au propriétaire nanti de bons fonciers le droit de venir à l'ordre, mais l'art. 1198 établit une restriction à ses droits : « Si c'est le propriétaire » qui est créancier, il ne peut poursuivre l'exécution forcée

» pour obtenir satisfaction ». L'expropriation de l'immeuble étant poursuivie par des tiers détenteurs de bons fonciers, le propriétaire pourra donc produire à l'ordre et concourir sur le montant du prix. Il sera ainsi à la fois créancier hypothécaire et propriétaire de l'immeuble (car en concédant à ses créanciers des bons fonciers, il n'a pas abdiqué son droit de propriété) et on se demande s'il est possible d'expliquer la réunion sur la même tête de ces deux qualités incompatibles. Cela se peut si, comme dans les hypothèses précédentes, on considère la dette de l'immeuble envers le propriétaire comme existant à l'état embryonnaire tant que l'immeuble reste entre ses mains ; elle ne prend naissance que du jour où le propriétaire se trouve dépossédé de son immeuble soit par expropriation, soit par aliénation. Cela n'empêche pas que tant qu'il est resté en possession de son immeuble, le propriétaire était en même temps propriétaire et créancier de la même chose. Il avait sur son immeuble une créance dépourvue de toute efficacité, créance qu'il ne pouvait pas mettre en mouvement, mais qui n'en existait pas moins véritablement. Il était donc à la fois créancier hypothécaire et propriétaire du même bien.

Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai que la dette foncière est une charge indépendante, sans relation nécessaire avec une créance quelconque. Sans doute, les intéressés peuvent la constituer pour garantie d'une créance, mais celle-ci n'est qu'un motif et non une condition d'exercice du droit. Même en ce cas, la dette foncière conserve son caractère distinctif : bien qu'établie pour la sûreté d'une dette personnelle, elle reste indépendante de cette dette ; le bon foncier et le titre constatant l'obligation personnelle sont matérielle-

ment et juridiquement séparés l'un de l'autre (L. 2 de 1872, art. 122). Or si ces deux titres pouvaient être cédés séparément et passer ainsi en des mains différentes, voici ce qui en résulterait : le débiteur-propriétaire pourrait se trouver poursuivi par deux créanciers à la fois : le créancier personnel d'un côté, le créancier foncier de l'autre, et par suite tenu de payer deux fois, bien qu'il puisse n'y avoir au fond qu'une seule et même dette, la dette foncière n'étant dans certains cas que la garantie de la dette personnelle. Ce danger est prévenu par l'art. 52-2° de la loi de 1872 : grâce à cet article, le débiteur poursuivi par le créancier personnel pourra lui dire : « Je ne vous paierai que si vous me présentez, avec votre titre de créance, le bon foncier qui le garantit; si vous ne pouvez représenter ce bon, je suis autorisé à en conclure que vous vous en êtes dessaisi ; l'art. 52 vous déclare déchu de votre créance contre moi ». On peut dire, en d'autres termes, que l'obligation personnelle devient une dépendance de la dette foncière, une fois celle-ci constituée, et qu'elle tombe dès que la dette foncière cesse de la soutenir. Ainsi, tandis que l'hypothèque est l'accessoire de la créance, ici, au contraire, c'est la créance qui est l'accessoire et la dette foncière le principal. Cette solution de l'art. 52 a été vivement critiquée ; on lui reproche, en effet : 1° d'être inutile au débiteur qui, poursuivi en vertu de l'action personnelle, se trouvera dans l'impossibilité de prouver qu'il a été délivré des bons fonciers et ne pourra, par suite, se prévaloir du bénéfice de l'art. 52 ; 2° d'être dangereuse pour le créancier qui, voulant céder sa créance, ne trouvera plus d'acheteur, car on pourra toujours craindre que cette créance ne soit garantie par un bon foncier que le créancier ne produit pas : auquel cas, la cession serait nulle.

Pour éviter ces critiques adressées à l'art. 52, rien ne serait plus facile que de spécifier sur le titre mentionnant l'obligation personnelle qu'il a été constitué une dette foncière pour garantie, mais ce point n'est pas encore réglementé par les textes.

Du reste, le caractère d'accessoire n'est donné à la dette foncière que d'une façon tout à fait accidentelle. Nous trouvons dans le bon foncier, manifestation de la dette foncière, une institution absolument indépendante, se suffisant par elle-même et pouvant subsister seule sans le secours d'une obligation principale à laquelle elle servirait de garantie. Par l'étude du Grundschuldbrief, nous avons vu que les droits de tout détenteur de cette lettre de gage étaient les mêmes, sauf toutefois la question du rang, et qu'il n'est pas fait exception même pour le propriétaire de l'immeuble. Du moment qu'il a conservé entre ses mains des bons fonciers non négociés, il peut produire à l'ordre et être colloqué pour le montant de ses bons. Lors de la distribution, il aura sur le prix de son immeuble un droit de préférence pour le remboursement de ses bons. Si donc, son droit hypothécaire est paralysé par la présence du droit de propriété, il n'en subsiste pas moins et recouvre toute son énergie au jour où le propriétaire vient à être dépossédé.

Avec la dette foncière et sa manifestation le bon foncier, nous trouvons dans la législation allemande un premier cas d'hypothèque du propriétaire.

CHAPITRE II

L'HYPOTHÈQUE DU PROPRIÉTAIRE (EIGENTÜHMERSHYPOTHEK) ET LE CODE CIVIL DE 1896 [1]

Au cours du développement du régime hypothécaire nouveau en Allemagne, le principe romain de la dépendance absolue existant entre l'hypothèque et la créance à garantir a été ébréché de diverses manières. L'exception la plus remarquable apportée à ce principe se trouve dans l'hypothèque du propriétaire introduite par la loi prussienne du 5 mai 1872 et réglementée par le nouveau code civil de 1896. Dans certains cas, d'après les principes sur les obligations, la créance garantie par l'hypothèque s'éteint, l'hypothèque n'en continue pas moins à subsister au profit du propriétaire du fonds. Cela arrive lorsque ce propriétaire est en même temps le débiteur personnel et qu'il paie le créancier ou lorsqu'il est devenu à la fois débiteur et créancier. Cette hypothèque va lui servir désormais d'instrument de crédit. La garantie qu'offre le fonds à chacun des créanciers inscrits dépend principalement de leur rang. Chacun d'eux n'a le droit de compter que sur la garantie qui en résulte et la disparition d'un créancier hypothécaire préférable ne peut en rien modi-

[1] Tous les actes du code civil allemand relatifs à l'hypothèque du propriétaire ont été pris dans la traduction de M. de Meulenaere. Paris, 1897.

fier leur situation. Si une hypothèque antérieure s'éteint soit par paiement, soit par confusion, l'hypothèque suivante ne prend pas la place devenue libre. Ce serait lui conférer un avantage non prévu lors de la constitution de son droit et, d'autre part, le propriétaire qui n'aurait plus à offrir au crédit qu'une hypothèque primée par toutes les autres déjà existantes, subirait un dommage qui ne se justifie point. La plus stricte équité exige qu'on lui permette d'utiliser, au profit d'un nouveau créancier, la garantie que présentait l'hypothèque antérieure.

Mais il ne faudrait pas croire que l'hypothèque du propriétaire ait été créée dans l'intérêt exclusif de ce dernier. Elle a été dictée par des considérations d'équité plus élevées. Le créancier qui a exigé une sûreté n'a droit à cette sûreté que telle qu'elle était à l'origine. Les circonstances postérieures ne peuvent pas améliorer sa situation pas plus qu'elles ne peuvent aggraver celle des créanciers chirographaires.

Tel est l'objet de l'hypothèque du propriétaire et la logique veut, non seulement qu'elle lui soit conservée dans tous les cas où la créance garantie s'éteint, mais même que l'on rompe tout lien de dépendance entre l'hypothèque et la créance. C'est ce que fait l'art. **1163** qui est le texte le plus général en la matière : « Si la créance pour laquelle l'hypo- » thèque est constituée ne s'est pas formée, l'hypothèque » appartient au propriétaire. Si la créance s'éteint, le pro- » priétaire acquiert l'hypothèque ». Ce texte nous signale deux cas d'hypothèque du propriétaire sur lesquels nous aurons à revenir; en dehors de ces deux cas prévus par l'art. **1163**, nous trouverons de nombreux exemples fournis par les différentes sortes d'hypothèques. Pour les comprendre, il nous

est indispensable de jeter un regard sur l'ensemble du régime hypothécaire allemand.

La richesse des formes de la dette hypothécaire en Allemagne est très grande sans compter la rente foncière qui vient s'y ajouter et qui est d'une nature spéciale. C'est celle de notre ancien droit, mais elle s'en distingue en ce qu'elle est toujours rachetable ; on peut cependant en interdire le remboursement pendant trente ans; on peut d'ailleurs la convertir en l'une des autres formes de la dette hypothécaire et réciproquement. La rente foncière mise à part, la dette hypothécaire proprement dite comprend deux grandes branches.

L'une, dont nous avons trouvé l'idée fondamentale dans notre décret du 9 messidor de l'an III et qui a été organisée de toutes pièces dans la loi prussienne du 5 mai 1872, est très originale : l'immeuble seul doit, le débiteur ne doit pas personnellement et par ailleurs cette dette ressemble de tous points aux autres. Le paiement se fait au bureau foncier ; le bon foncier peut être au porteur. Si l'immeuble périt, la dette périt avec lui; en outre, elle s'éteint par le délaissement. Il y a là une dette réelle analogue aux servitudes. Elle peut être créée au profit du propriétaire et réalise ainsi l'hypothèque sur soi-même. La conversion de la dette foncière en hypothèque est toujours possible. La dette foncière réalisée dans le bon foncier est donc l'hypothèque dont la cause, l'obligation personnelle, a été détachée ; c'est l'hypothèque abstraite dont nous nous sommes précédemment occupés.

En dehors de la rente foncière et de la dette foncière, il reste l'hypothèque ordinaire et classique, l'hypothèque droit accessoire. Mais ici encore, le code civil allemand a multi-

plié les variétés. On distingue : 1° l'hypothèque proprement dite; 2° l'hypothèque de sûreté.

A. *Hypothèque proprement dite.* — L'inscription de cette hypothèque au registre foncier prouve, non seulement l'existence de l'hypothèque, mais encore celle de l'obligation principale dont elle est l'accessoire. Le cessionnaire de la créance hypothécaire a ses droits absolument sauvegardés par l'inscription; il n'aura pas à craindre de se voir opposer par le débiteur la nullité ou l'extinction de la créance, car la nullité se rapporterait à un acte étranger au cessionnaire; quant au paiement de la dette, le débiteur ne saurait l'invoquer, car s'il avait été valablement fait, il n'aurait pas manqué de requérir la radiation de l'hypothèque. Par ce fait seul que l'inscription du droit réel subsiste, l'existence de l'hypothèque et de la créance garantie ne peut pas être mise en doute. L'hypothèque ne peut, en effet, subsister sans une créance personnelle. L'inscription au livre foncier prouve l'existence de l'hypothèque et, par le fait même, celle de la créance.

L'hypothèque proprement dite revêt, en Allemagne, deux formes :

1° Elle peut être accompagnée d'une lettre hypothécaire (Briefhypothek) et, dans ce cas, ne naît pas par la seule inscription; pour qu'elle soit valablement constituée, le créancier doit recevoir le titre de sa créance et la lettre hypothécaire réunis ensemble par un lien. Le principal et l'accessoire sont ainsi matériellement réunis l'un à l'autre et ne peuvent plus être séparés. La Briefhypothek, revêtant ainsi la forme d'un effet de commerce, a l'avantage de faciliter le crédit hypothécaire. Elle protège mieux le constituant

contre le danger de voir le créancier, avant le paiement de la contre-valeur, ou, après restitution de celle-ci, céder l'hypothèque à un tiers que protègera la foi due au registre foncier, de sorte que le constituant serait privé des exceptions qu'il pourrait faire valoir. Elle permet, si l'hypothèque est prise sur soi-même, de ne la concéder que moyennant la remise immédiate des fonds, ce qui est une garantie de plus pour le créancier; on évite ainsi l'obligation gênante qui se présente en France, de laisser les fonds entre les mains d'un intermédiaire entre la souscription de la convention et l'accomplissement des formalités hypothécaires.

2° Elle peut ne pas être accompagnée de lettre hypothécaire (Buchhypothek) et être inscrite au registre foncier au nom du créancier. Cette forme dispense le créancier de conserver le titre et le met à l'abri des inconvénients de sa perte. De plus, le créancier a l'avantage de voir son nom inscrit au registre foncier et a la certitude qu'il ne s'opèrera aucune formalité, aucune distribution sans qu'il soit appelé. En revanche, la constitution de la Buchhypothek demande des formalités plus importantes que celles de l'hypothèque accompagnée, car l'inscription est ici indispensable.

B. *Hypothèque de sûreté.* — L'hypothèque de sûreté fait dépendre le droit réel d'une manière absolue de la créance et se rapproche beaucoup de notre hypothèque française. Elle diffère de l'hypothèque proprement dite par la force probante de l'inscription qui est moins forte. Dans l'hypothèque de sûreté, l'inscription au registre foncier ne prouve, en effet, que l'existence du droit réel et non celle de la créance. Le cessionnaire d'un droit hypothécaire qui exercera des poursuites se verra, pour obtenir satisfaction, dans

la nécessité de justifier de l'existence de la créance; faute de quoi il pourra se voir opposer par le détenteur de l'immeuble la nullité ou l'extinction de cette créance. L'inscription au registre foncier n'est pas pour lui d'une grande utilité en ce sens qu'elle ne fait la preuve que de l'existence du droit réel et non de l'obligation à garantir. Cette sorte d'hypothèque était indispensable pour le cas de crédit ouvert et pour le cas où le montant de la créance est indéterminé; l'art. 1190 vise le cas d'une ouverture de crédit en disant : « Une hypothèque peut être constituée de telle manière que » l'on détermine seulement le montant le plus élevé dont le » fonds devra répondre et que, pour le surplus, la fixation » de la créance demeure réservée ». Dans cette espèce, l'inscription au registre foncier prouvera bien qu'il a été établi une hypothèque, mais elle ne prouve aucunement l'existence de la créance garantie dont le montant ne pouvait être déterminé lors de la constitution de la sûreté.

Tel est dans son ensemble le régime hypothécaire allemand, telles sont les diverses formes d'hypothèques qu'on rencontre et que nous aurons à rappeler dans les différents cas où se présente l'hypothèque du propriétaire.

SECTION PREMIÈRE

DIFFÉRENTS CAS D'HYPOTHÈQUE DU PROPRIÉTAIRE

1° *Quand la créance pour laquelle l'hypothèque a été créée ne s'est pas formée.*

Ce premier cas d'hypothèque du propriétaire nous est indiqué par l'art. 1163-1° qui dit : « Si la créance pour laquelle l'hypothèque est constituée ne s'est pas formée, l'hypothèque

appartient au propriétaire ». La créance ne constitue pas un élément essentiel du droit hypothécaire ; elle sert seulement de titre de légitimation pour l'exécution forcée et non plus comme dans notre législation de support à l'hypothèque. Il peut se faire qu'elle ne se soit pas formée ; un propriétaire est dans l'intention de faire un emprunt, il constitue une hypothèque puis, pour une raison ou pour une autre, soit que les parties renoncent à leur projet, soit que le prêt se trouve irréalisable, l'obligation à garantir ne prend pas naissance. A la différence de notre législation, d'après laquelle le propriétaire qui aurait eu l'imprudence de consentir une hypothèque avant la naissance de l'obligation, ne manquerait pas d'en requérir aussitôt la radiation, l'hypothèque allemande ne va pas disparaître : elle va subsister par elle-même et sans le secours d'aucune obligation principale. Le constituant, dans le cas de Briefhypothek, se fera remettre la lettre hypothécaire par lui délivrée et, dans le cas de Buchkypothek, il adressera simplement une demande en rectification au conservateur qui devra substituer sur ses registres son nom à celui du créancier préalablement inscrit. Quelle que soit la forme de l'hypothèque constituée, le propriétaire du bien grevé se trouvera seul bénéficiaire de la sûreté consentie ; par la remise de la lettre hypothécaire, il aura entre ses mains un instrument de crédit, aussi facilement négociable qu'une lettre de change ; par son inscription au registre foncier, il pourra dorénavant disposer de sa cause de préférence au profit de n'importe quelle personne et se procurer du crédit sans difficultés.

Tel est le premier cas d'hypothèque du propriétaire qui se présentera chaque fois que la créance à garantir n'aura pas

pris naissance ; peu importe la nature du fait qui porte obstacle à la naissance de l'obligation ; c'est ainsi que les hypothèses d'une convention sous condition suspensive qui vient à faire défaut, sous condition résolutoire qui vient à se réaliser, fournissent des exemples d'hypothèque du propriétaire.

En matière d'obligations conditionnelles, il n'est pas dénué d'intérêt de signaler la théorie nouvelle introduite par l'art. 158 du C. civ. diamétralement opposé à notre art. 1179 et qui est ainsi conçu : « Si un acte juridique est fait sous une » condition suspensive, l'effet attaché à la condition se pro- » duit lors de la réalisation de la condition. Si un acte juri- » dique est fait sous une condition résolutoire, l'effet de » l'acte cesse à la réalisation de la condition ; à ce moment la » situation juridique primitive se trouve rétablie ». A la différence de notre législation, le code civil allemand pose donc la règle de la non-rétroactivité de la condition : en principe, les droits subordonnés à une condition suspensive n'existent qu'à partir de l'arrivée de la condition et en cas de condition résolutoire, c'est à partir seulement de sa réalisation que cessent d'exister les droits qu'elle affectait. Malgré le principe de non-rétroactivité, les parties sont maîtresses, dans leurs rapports entre elles, de faire remonter l'effet de la condition accomplie à une époque antérieure à son accomplissement.

Ce principe de la non-rétroactivité semblait bien découler de la pure doctrine romaine et il semblait naturel que les droits et obligations résultant d'un acte conditionnel ne prissent naissance qu'à l'événement de la condition. Mais comme correctif à cette doctrine, les jurisconsultes avaient admis la rétroactivité de la condition, en vertu de laquelle on faisait, *ex post facto,* quand la condition s'était accomplie, remonter

les effets de l'acte conditionnel au jour où il avait été consenti. Ce résultat était d'ailleurs conforme à la volonté probable des parties et il a été consacré par le droit moderne. Il ne s'agit donc ici que d'un simple correctif qui n'a rien de nécessaire ; il ne faudrait pas voir avec Demolombe [1], dans la rétroactivité des conditions, un effet nécessaire de leur accomplissement. La loi allemande prouve qu'on peut concevoir un système dans lequel il n'y aurait pas rétroactivité, ce qui apporterait une grande simplification dans les rapports avec les tiers.

2° *Quand la créance s'éteint.*

« Si la créance s'éteint, le propriétaire acquiert l'hypothèque » (art. 1163). Les termes généraux de cet article permettent de conclure qu'au cas de disparition de la créance à garantir, l'hypothèque du propriétaire prend naissance quelle que soit la cause de l'extinction de la créance. L'art. 1163 se trouve ainsi en opposition manifeste avec l'art. 2180 de notre code civil qui, énumérant les modes d'extinction des privilèges et hypothèques, place en première ligne l'extinction de l'obligation principale. C'est là une conséquence nécessaire du caractère de droit accessoire qu'il faut reconnaître à l'hypothèque française : créée pour garantir une obligation, pour en assurer l'exécution, l'hypothèque ne peut survivre à l'extinction de cette obligation qu'elle a pour but unique de garantir. L'hypothèque allemande, au contraire, n'est pas, comme nous l'avons vu, forcément accessoire; elle peut revêtir ce caractère exceptionnellement et exister à côté d'une

(1) XXV, n. 377-387. — *Contra* Laurent, XVII, n. 82.

obligation principale qu'elle garantit; mais si cette obligation vient à disparaître, l'hypothèque n'est pas entraînée à sa suite, tant il est vrai que l'hypothèque allemande a une individualité propre. La créance peut s'éteindre à la suite d'un paiement, d'une transaction, d'une remise de dette, d'une confusion; quel que soit le mode d'extinction de la créance, l'hypothèque n'en subsiste pas moins et fait retour au propriétaire qui l'a constituée. Comme dans le cas précédent, le propriétaire ou bien se fera remettre la lettre hypothécaire, ou bien réclamera au conservateur l'inscription de son nom au registre foncier. Et alors, non seulement il peut maintenir l'inscription à son profit et par suite au profit de ses créanciers chirographaires, mais encore, il peut la céder à un tiers. Ici, la justification logique du principe paraît difficile à établir : en effet, l'extinction de la créance est irrévocable et cette créance ne revit pas par la cession de l'hypothèque du propriétaire. D'autre part, l'hypothèque ne peut se rattacher directement à une créance nouvelle. Comment donc concevoir le lien qui va se former? L'exposé des motifs dit simplement que le propriétaire qui s'oblige à nouveau au paiement de la somme inscrite et qui cède son hypothèque constitue, au profit de l'acquéreur, non pas un droit de créance garanti par l'hypothèque, mais un droit de créance qui se joint à l'hypothèque.

Pour que notre art. 2180 reçoive son application et que l'hypothèque soit véritablement éteinte, il est nécessaire que l'obligation principale disparaisse d'une manière complète et définitive. Si elle n'est éteinte que pour partie, comme l'hypothèque est indivisible, elle continuera à subsister pour le tout, à fin de garantir la partie de l'obligation qui n'est pas

encore exécutée. De même, si l'obligation n'est éteinte que provisoirement, l'hypothèque subsistera pour le cas où cette obligation renaîtrait; il est inadmissible, en effet, qu'une extinction provisoire de l'obligation principale puisse amener la perte définitive de l'hypothèque qui la garantit. Le code civil allemand, au contraire, envisage le cas de disparition partielle de la créance et admet néanmoins la naissance de l'hypothèque au profit du propriétaire. L'art. 1145 dit à cet effet : « Si le propriétaire ne satisfait le créancier que par-» tiellement, il ne peut exiger la remise de la lettre hypothé-» caire. Le créancier est obligé de mentionner la satisfaction » partielle sur la lettre et de présenter celle-ci à l'adminis-» tration du registre foncier aux fins de rectification ou de » radiation, ou bien à l'autorité compétente, ou à un notaire » compétent aux fins de confection d'une lettre hypothécaire » partielle au profit du propriétaire ». Au cas d'extinction partielle de la créance, et à la différence de notre législation, nous trouvons en Allemagne une sorte de dédoublement de l'hypothèque; le propriétaire qui n'a pu désintéresser que partiellement son créancier ne saurait revendiquer dans son intégralité la sûreté par lui consentie pour sûreté de sa dette. Mais à l'encontre de notre hypothèque qui est « *tota in toto et tota in qualibet parte* », l'hypothèque allemande est susceptible de division; le propriétaire fera supprimer, du chef du créancier, la partie de la sûreté pour une somme équivalente à celle qu'il a remboursée à son débiteur. La lettre hypothécaire qu'il aura délivrée à son créancier pour un emprunt de 100.000 fr. sera, après remboursement de moitié, réduite, sur sa demande, à 50.000 fr.; de même, au cas de Buchhypothek, le montant de la créance garantie, la couver-

ture de la sûreté sera modifiée sur les registres. Le créancier conservera ainsi, après désintéressement partiel, une hypothèque pour la garantie du reliquat de sa créance, mais la sûreté, pour le surplus, ne reste pas inutilisée entre ses mains; elle fait retour au propriétaire, qui acquiert ainsi un instrument de crédit immédiatement négociable.

Nous trouverions de même dans la législation allemande une solution différente de celle de notre code civil pour le cas d'extinction provisoire de l'obligation principale. Primus fait à Secundus remise de sa dette de 100.000 francs, garantie par une hypothèque, sous cette condition que si, dans cinq ans il n'a pas vendu l'immeuble A, il recouvrera tous ses droits de créancier, et sera en mesure d'exiger son paiement. Voilà un exemple de remise de dette sous condition résolutoire, un cas d'extinction conditionnelle de la créance. Chez nous, l'hypothèque qui garantissait l'exécution de l'obligation principale ne saurait disparaître et va subsister pour le cas où cette obligation renaîtrait. A l'expiration du délai, si la condition se réalise, l'obligation sera éteinte définitivement, et, en vertu de la rétroactivité, l'effet de cette extinction sera reporté au jour de la convention; l'hypothèque sera considérée comme ayant disparu depuis le jour de la remise. En droit allemand, l'application de l'art. 158 du C. civ. fournit une solution différente; malgré la convention ayant pu intervenir entre le débiteur et le créancier, l'extinction de l'obligation n'aura lieu que le jour où la condition se réalisera, le jour où Primus aura vendu son immeuble; ce jour-là seulement l'hypothèque disparaîtra pour faire retour au propriétaire. Il n'y aura pas lieu de faire remonter son extinction au jour de la convention et d'envisager l'effet rétroactif de la condi-

tion; à moins de clause contraire, le débiteur hypothécaire qui a reçu une remise de dette sous condition résolutoire, ne pourra disposer de cette hypothèque au profit d'une autre personne avant l'arrivée de cette condition; jusqu'à ce jour, il ne peut retirer aucun profit de l'extinction provisoire de la créance et il ne pourra y avoir hypothèque du propriétaire qu'à l'arrivée de la condition. Dans notre législation, au contraire, en vertu de la rétroactivité, le crédit du débiteur qui reçoit une remise de dette sous condition résolutoire peut se trouver par le fait même consolidé; il est bien certain qu'il trouvera difficilement des prêteurs à cause de l'incertitude de sa situation, mais si nous supposons que, *pendente conditione*, il ait pu disposer, au profit de tiers, de sa cause de préférence, cette disposition sera regardée comme valable du jour où la remise de dette aura été concédée.

Nous trouvons ainsi dans l'extinction de la créance un second cas d'hypothèque du propriétaire; peu importe la nature du mode d'extinction, peu importe que la créance disparaisse intégralement ou partiellement. La sûreté s'éteint toujours dans la mesure où disparaît l'obligation à garantir et la partie de l'hypothèque qui devient inutile au créancier fait retour au propriétaire. Seule l'hypothèse d'extinction provisoire qui, dans certains cas, peut augmenter le crédit du débiteur français, n'est d'aucune ressource au propriétaire allemand, car la créance garantie ne disparaîtra, l'hypothèque ne sera utilisable que le jour où la condition se réalisera; ce jour-là seulement il y aura extinction véritable de la créance, l'hypothèque consentie par le propriétaire lui fera retour, mais il n'aura retiré aucune utilité de l'extinction provisoire.

3° *Quand le créancier renonce à l'hypothèque.*

« Si le créancier renonce à l'hypothèque, c'est le propriétaire qui l'acquiert » (art. 1168-1°). Le créancier reste libre de renoncer à son hypothèque comme à tout autre droit qui lui appartiendrait. C'est là une simple application du principe *unusquisque potest juri in favorem suum introducto renuntiare*, principe consacré par toutes les législations en général. Le créancier peut sans aucun doute renoncer à son hypothèque et se démunir de lui-même des sûretés stipulées dans son intérêt. Mais la renonciation du créancier allemand qui fait passer au propriétaire la sûreté par lui consentie, n'a pas les mêmes effets que la renonciation prévue par notre art. 2180-2°. Tandis que dans notre législation la renonciation du créancier opère l'extinction de la sûreté, la renonciation du créancier allemand n'a aucune influence sur l'existence de l'hypothèque qui n'en continue pas moins à subsister au profit du propriétaire. La renonciation de notre art. 2180 est un mode d'extinction par voie principale des privilèges et hypothèques; la sûreté est anéantie comme par le fait de la radiation et au cas où le créancier renonçant ne se trouve pas en présence d'autres créanciers hypothécaires, cette renonciation ne profite directement à personne. Elle procurera, il est vrai, un avantage indirect au propriétaire qui n'aura plus son patrimoine grevé et pourra l'engager de nouveau pour se procurer du crédit. Au cas où il se trouve des créanciers postérieurement inscrits, le propriétaire de l'immeuble grevé ne retirera aucun avantage de la renonciation qui n'aura d'utilité que pour les autres créanciers dont le gage se trouvera plus sérieusement établi. Chez nous, la plupart du temps, la renon-

ciation est donc purement abdicative et ne produit pour personne aucun avantage immédiat. Dans certains cas cependant elle peut être translative et la renonciation par la femme à son hypothèque légale nous fournit un exemple de renonciation investitive.

En Allemagne, la renonciation du créancier à son hypothèque est toujours investitive en ce sens qu'il y a un bénéficiaire immédiat : le propriétaire de l'immeuble grevé qui va rentrer en possession de la sûreté par lui consentie et va pouvoir aussitôt l'utiliser comme il l'entendra. Cette renonciation, qui, en principe, n'est soumise en France à aucune condition de forme et peut résulter tacitement de l'accomplissement de certains actes, est mise en exécution par la radiation poursuivie par tout intéressé munie d'une main-levée sur acte authentique (art. 2158 C. civ.). Il en est de même en Allemagne, où, d'après l'art. 1168 : « La renonciation doit être déclarée à l'administration du registre foncier ou vis-à-vis du propriétaire et doit être inscrite au registre foncier ». La renonciation, pour être efficace, va résulter ainsi de deux opérations distinctes : la déclaration de l'ayant droit qui abandonne l'hypothèque et la radiation sur le livre foncier. La déclaration doit être faite au bureau des livres fonciers et vis-à-vis de celui qui en est le bénéficiaire. La simple déclaration du créancier ne l'engagera que si elle a été faite au bureau des livres fonciers ou s'il a remis au bénéficiaire une autorisation de faire radier conforme aux règlements des livres fonciers (art. 875). Moyennant l'accomplissement de cette double formalité, le propriétaire va recouvrer la sûreté dont il s'était démuni ; comme dans les deux autres espèces d'hypothèque du propriétaire, le constituant réclamera la remise de la

lettre hypothécaire ou requerra une modification sur le registre foncier.

La renonciation d'un créancier à son hypothèque au profit du propriétaire du bien grevé peut revêtir un double caractère et peut être volontaire ou obligatoire.

A. Renonciation volontaire.

Le créancier, dans le seul but d'être agréable au propriétaire et de ne porter aucune entrave à son crédit ou à sa considération, peut se démunir à son profit de la sûreté qu'il a stipulée. Il paraît bien difficile de lui refuser ce droit, car par la remise de dette il pourrait renoncer même à sa créance; or qui peut le plus peut le moins. La renonciation purement gratuite à son hypothèque pourra être regardée comme une donation au profit du propriétaire qui reprendra ainsi un instrument de crédit facilement négociable. Mais le créancier, sans avoir l'intention de gratifier le propriétaire, peut avoir intérêt à se démunir d'une sûreté devenue pour lui inutile. Tel sera le cas où le débiteur lui aura consenti d'autres garanties qui pourront présenter des avantages plus sérieux. De même après avoir reçu des paiements partiels, le créancier renoncera à l'hypothèque qui continuait à garantir l'excédent de sa créance et comme nous le rappelions pour le cas d'extinction partielle de l'obligation principale, l'hypothèque va ici se dédoubler : elle continuera à exister *pro parte* au profit du créancier et lui garantira le paiement de la somme qui lui restera due ; d'un autre côté, elle fera retour au propriétaire qui pourra en disposer au profit d'une tierce personne dans la mesure de sa libération envers le créancier. En un mot, il s'établit une véritable proportion entre la

créance garantie et la sûreté : le propriétaire débiteur a payé 70.000 fr. à Primus sur la créance hypothécaire de 100.000 fr. que ce dernier avait contre lui; l'hypothèque préalablement constituée à Primus ne garantira plus qu'une créance de 30.000 fr. et il y aura pour le surplus hypothèque au profit du propriétaire qui va recouvrer ainsi un crédit de 70.000 fr. Nous avons supposé jusqu'ici que l'hypothèque garantissant la créance ne grevait qu'un seul immeuble et que le créancier renonçait *pro parte* à son hypothèque : il pourrait de même y avoir lieu à hypothèque du propriétaire dans le cas où plusieurs immeubles se trouveraient atteints par la sûreté; après désintéressement partiel, le créancier reste libre de renoncer *pro parte* à la sûreté qui lui a été consentie, de se contenter de l'hypothèque portant sur un seul des immeubles. La cause de préférence qui atteignait les autres immeubles fait retour au propriétaire qui va encore dans ce cas acquérir une hypothèque sur lui-même.

Dans ce dernier cas cependant, il nous faut faire des réserves : l'institution allemande de l'hypothèque du propriétaire qui trouve sa justification dans des raisons d'utilité pratique et ne doit, en aucune façon, porter atteinte aux règles de l'équité, ne saurait être admise qu'à la condition d'être utile au propriétaire et de respecter les intérêts de chacun. Or le cas de renonciation partielle d'un créancier à son gage hypothécaire peut causer un préjudice assez considérable aux autres créanciers. Primus, pour garantie d'une créance de 50.000 fr., possède une hypothèque de premier rang sur les immeubles A et B; Secundus et Tertius ont obtenu sur ce même immeuble B des hypothèques de rang inférieur. Après désintéressement de 10.000 fr., Primus renonce à son hypo-

thèque sur l'immeuble A pour se contenter de la garantie que continue à lui fournir l'immeuble B. Si nous appliquons les règles générales que nous rappelions il n'y a qu'un instant, la nouvelle situation établie sera la suivante : L'immeuble A va se trouver dégrevé de l'hypothèque consentie au profit de Primus, hypothèque qui va faire retour au propriétaire et pourra lui servir d'instrument de crédit; nous aurons là une nouvelle application de l'hypothèque du propriétaire. L'immeuble B, qui, nous pouvons le supposer, n'assurait à l'origine à Primus un droit de préférence que pour la moitié de sa créance, soit 25.000 fr., va donc se trouver grevé pour la somme qui lui reste due, 40.000 fr.; il reste, en même temps, affecté à la sûreté des créanciers postérieurs. Il est bien évident, dès lors, que Secundus et Tertius, créanciers postérieurs, verront ainsi leur garantie sérieusement diminuée et subiront un grave préjudice du fait de la renonciation partielle de Primus. Un tel résultat n'est pas admissible et dans cette espèce, l'hypothèque du propriétaire ne saurait se trouver justifiée; ne satisfaisant pas aux deux conditions qui, seules peuvent expliquer son existence, elle ne saurait prendre naissance. Nous ne serions donc pas éloigné de croire que, dans ce cas, la renonciation partielle de Primus n'a pas pour effet de retourner au propriétaire l'hypothèque grevant l'immeuble A : la situation antérieure doit être respectée, à moins toutefois que Primus, renonçant à son droit hypothécaire pour une partie de sa créance, ne se contente, pour le recouvrement du reliquat de son dû, de la qualité de simple créancier chirographaire. L'immeuble B reste ainsi affecté à la garantie des mêmes obligations, sa situation juridique reste la même; Secundus et Tertius ne voient pas leur garantie hypothécaire

amoindrie; à cette condition seulement l'hypothèque du propriétaire prend naissance. Dans le cas contraire, l'hypothèque grevant l'immeuble A s'éteint (art. 1175).

Dans tous les cas, sauf les réserves que nous venons de faire pour le cas d'une hypothèque portant sur plusieurs immeubles, l'hypothèque va survivre à la renonciation; elle a été inscrite et par ce fait affecte les immeubles; elle ne peut disparaître que par la destruction matérielle : la radiation. Mais à quoi bon la supprimer? Sa survivance, en effet, offre pour le propriétaire un puissant intérêt : si on ne lui accordait pas cette hypothèque, il n'aurait plus à offrir au crédit qu'une hypothèque primée par toutes les autres déjà existantes et subirait ainsi un préjudice qui ne se justifie point. De plus, cette survivance ne nuit à personne : le créancier qui a volontairement renoncé à la sûreté ne saurait se plaindre et subir un préjudice d'un abandon consenti de plein gré; les créanciers hypothécaires postérieurs, d'un autre côté, ne perdent rien à la création de l'hypothèque du propriétaire. Chacun d'eux n'a le droit de compter que sur la garantie que lui assure son rang hypothécaire; la disparition d'un créancier antérieur ne les fait pas monter d'un rang, ce serait les faire bénéficier d'un avantage non prévu lors de la constitution de l'hypothèque. Ils conservent donc le rang qu'ils avaient à l'origine; leur situation de créanciers primés reste la même et dès lors peu leur importe d'avoir avant eux le propriétaire au lieu et place du créancier antérieur. Leur situation n'est ainsi en rien modifiée par le retour de l'hypothèque sur la tête du propriétaire.

B. Renonciation obligatoire.

La renonciation du créancier, généralement volontaire, peut être obligatoire dans certains cas. Le propriétaire sera alors en droit d'exiger cette renonciation (art. 1169). Quels sont ces cas?

1° L'action hypothécaire est paralysée par une exception péremptoire du propriétaire. Dans ce cas, le créancier n'a plus aucun intérêt à ce que le registre foncier lui réserve encore un droit devenu impuissant et le crédit du propriétaire est inutilement entravé. Aussi le code donne-t-il le droit d'exiger, en ce cas, la renonciation du créancier; c'est ce que dit l'art. 1169 ainsi conçu : « Si le propriétaire a une exception péremptoire contre l'exercice de l'hypothèque, il peut » exiger que le créancier renonce à l'hypothèque ».

2° Le créancier a consenti à une reprise de dette. La reprise de dette (Schuldübernahme) n'est autre chose que la cession d'une obligation passive : par une convention survenue entre le débiteur et un tiers, celui-ci prend la dette à sa charge et se trouve substitué au débiteur antérieur. Mais l'efficacité de l'acte dépend de l'approbation du créancier qui doit consentir à ce changement dans la personne du débiteur. La reprise n'est efficace que lorsque le débiteur ou le tiers l'a communiquée au créancier et, jusqu'à cette approbation, les parties peuvent modifier ou révoquer le contrat. Une fois ce consentement donné, le débiteur échappe à toutes poursuites de la part du créancier qui n'a plus qu'un débiteur : le reprenant.

C'est à tort que l'on soutiendrait que le consentement du créancier semble donner à la reprise de dette le caractère d'une novation, car l'opération se réalise par la convention

des deux débiteurs successifs et le transport date de cette convention. L'intervention du créancier n'est plus l'acceptation d'une offre collective; c'est une simple adhésion à un acte antérieurement parfait, qui lui rend cet acte opposable et rétroagit dans ses effets au jour de la notification qui en est faite au créancier.

L'idée d'une succession dans la dette était inconnue en droit romain. Celui-ci ne connaissait que la novation qui crée une dette nouvelle et ce point de vue a été adopté par notre code civil (art. 1271, 1274, 1275 à 1277), par le code saxon (art. 1003, 1005), par le code fédéral de Suisse (129-142), par les projets de codification pour Dresde et la Hesse. Le Landrecht prussien (droit civil) avait déjà donné à l'*expromissio* romaine le caractère d'un contrat opérant transmission passive de la dette en conservant celle-ci. Le code autrichien (art. 1345-1400) est visiblement inspiré par la même idée et le nouveau code civil allemand (art. 414-420) se refuse à reconnaître à la reprise de dette les caractères d'une novation. Il n'y a pas plus, dit le législateur, novation dans la reprise de dette que dans la cession des droits actifs. Le changement de personne n'est pas pour lui un élément caractéristique de la novation et l'obligation n'en reste pas moins la même, bien qu'on change la personne du débiteur et, par là même, les sûretés attachées à la garantie de la créance. D'après le code civil allemand, on ne trouve donc pas dans la cession de droits actifs ou passifs les caractères de la novation; l'obligation primitive subsiste malgré le changement des parties et n'est pas remplacée par une obligation nouvelle.

Mais la reprise de dette, tout en laissant subsister la créance primitive, n'est pas sans effets sur les droits accessoires qui

pouvaient garantir cette créance. L'art. 418 C. civ. dit à cet effet : « La reprise éteint les cautionnements et droits de gage » qui garantissent la créance. Si la créance est garantie par » une hypothèque, le créancier est censé avoir renoncé à » cette dernière ». Le consentement du créancier à la reprise de dette a donc dans le droit allemand un double effet : *a*) elle libère le débiteur à l'égard du créancier, qui ne peut plus agir que sur le reprenant ; *b*) elle éteint tous les droits accessoires et implique, de la part du créancier, renonciation tacite à l'hypothèque qu'il avait pour garantie. Le changement de la personne du débiteur produit donc un résultant étrange ; à l'encontre de la théorie de l'*expromissio* romaine et de la plupart des législations, l'obligation primitive subsiste : il n'y a pas de novation, pas de créance nouvelle. Mais l'obligation primitive survit, dépouillée de toutes les sûretés qui avaient pu être stipulées pour en garantir l'exécution. Dans l'hypothèse particulière où le créancier s'était fait consentir une hypothèque, celle-ci disparaît mais ne s'éteint pas. Elle fait retour au propriétaire, débiteur originaire, qui pourra s'en servir comme bon lui semblera et nous nous trouvons ainsi dans un nouveau cas d'hypothèque du propriétaire.

Quelle que soit la nature de la renonciation du créancier, qu'elle soit volontaire ou obligatoire, nous avons vu que son effet immédiat était de restituer l'hypothèque au propriétaire, qui, dès lors, pourra se faire remettre la lettre hypothécaire ou poursuivre la rectification du registre foncier. Nous avons supposé que la renonciation du créancier portait sur l'ensemble de l'hypothèque dont il faisait le plus entier abandon. S'il ne renonce à l'hypothèque que pour une partie de la

créance, les droits du propriétaire se trouvent réglés par l'art. 1145 déjà étudié. Le propriétaire ne pourra se prévaloir que de la renonciation partielle et ne fera modifier le registre ou la lettre hypothécaire que dans la mesure de l'abandon consenti par le créancier.

4° *Quand le créancier est inconnu.*

« Si le créancier est inconnu, il peut être forclos de son » droit par voie de publications (Aufgebotsverfahren), lorsque » depuis la dernière inscription au registre foncier se rap- » portant à l'hypothèque, il s'est écoulé dix ans et que le » droit du créancier n'a pas été reconnu durant ce délai par » le propriétaire, d'une manière propre, d'après l'art. 208, à » interrompre la prescription. S'il existe pour la créance un » temps de paiement, déterminé d'après le calendrier, le délai » ne commence pas avant l'expiration du jour fixé pour le » paiement ». Ainsi s'exprime l'art. 1170-1°, qui n'est qu'une application particulière de l'art. 1104 relatif à la forclusion de tout ayant droit. Il peut donc arriver qu'un propriétaire ait consenti des hypothèques sur son immeuble et que le ou les créanciers bénéficiaires restent inconnus. Cette situation, assez fréquente en matière d'hypothèque de sûreté, se comprend plus difficilement quand il s'agit d'hypothèque proprement dite. Elle est, en effet, inadmissible au cas d'hypothèque non accompagnée d'une lettre hypothécaire, car, comme nous l'avons vu, dans la Buchhypothek, l'inscription au registre foncier est indispensable, et par l'examen du Grundbuch, on arrive nécessairement à découvrir le nom du créancier qui doit figurer à l'inscription. Au cas de Briefhypothek, au con-

traire, l'inscription au registre du nom du créancier n'étant pas exigée, il peut arriver qu'on ignore le détenteur de la lettre hypothécaire. Dans l'hypothèque de sûreté, il arrive assez souvent que le créancier est inconnu : l'inscription prouve bien l'existence de l'hypothèque mais n'établit en aucune façon ni l'existence de la créance, ni la personnalité du créancier. Le titulaire d'une hypothèque de sûreté ne peut prouver son droit sur l'hypothèque qu'en justifiant de l'existence de la créance garantie et la validité de cette dernière ne peut pas être établie par l'inscription. La mention au registre foncier prouve donc qu'il a été consenti sur tel immeuble des hypothèques, mais ne mentionne pas les noms des titulaires, qui, pour se prévaloir de leur cause de préférence, devront justifier de leurs droits de créancier (1184).

Dans toutes ces hypothèses où l'on se trouve en présence de créanciers hypothécaires inconnus, s'il y a intérêt à les connaître on fait appel à toutes personnes pouvant avoir des droits sur l'immeuble désigné et on les invite à apporter la preuve de ces droits. S'il s'est écoulé un délai de dix ans depuis la dernière inscription au registre foncier et si l'ayant-droit, dans l'espèce le créancier hypothécaire, n'a pas apporté la preuve de ses prétentions, il est déclaré forclos et des publications avertissent que l'immeuble grevé se trouve à l'avenir libéré. C'est là une sorte de purge ayant pour résultat d'établir les droits de préférence qui ont pu être consentis. Si, à l'expiration du délai de dix ans, l'intéressé n'a pas fait la preuve de son droit et si, dans le même délai, le propriétaire n'a pas reconnu par un des actes limitativement désignés à l'art. 208 (paiements, acompte, service des intérêts, constitution de sûretés) le droit du créancier,

celui-ci se trouve déchu de son droit de préférence. Rien ne s'opposerait désormais à la disparition de l'hypothèque, sûreté dont personne ne s'est prévalu et qui se trouve sans titulaire ; elle devrait donc s'éteindre si, en ce nouveau cas, le code civil allemand ne s'était encore préoccupé de l'intérêt du propriétaire. Le jugement de forclusion, tout en constatant l'absence de créancier hypothécaire, tout en prononçant la déchéance du créancier imprudent qui n'a pas voulu se faire connaître, laissera subsister l'hypothèque établie et la rendra au propriétaire qui aura désormais seul le droit de s'en prévaloir. « Par l'effet du jugement de forclusion, le pro- » priétaire acquiert l'hypothèque. La lettre hypothécaire déli- » vrée au créancier perd ses effets » (1170-2°).

Voilà donc un nouveau cas d'hypothèque du propriétaire ; le constituant rentrera en possession de la sûreté par lui consentie quand le bénéficiaire de l'hypothèque resté inconnu aura été déclaré déchu de ses droits par un jugement de forclusion. Après ce jugement, le propriétaire pourra poursuivre la rectification du registre foncier ; au cas de Briefhypothek, la situation aurait pu paraître plus délicate et on aurait pu se demander comment le propriétaire pourrait rentrer en possession de la lettre alors qu'il ne savait pas quel en était le détenteur. Le dernier paragraphe de l'art. 2270 est venu trancher la question ; il n'y a pas à se préoccuper de la lettre qui restera dans les mains du détenteur mais sera dorénavant dépourvue de toute efficacité. Le jugement de forclusion la déclarera sans effets pour l'avenir et la publicité donnée au jugement assurera toute sécurité au propriétaire.

3° *Hypothèque du propriétaire dans le cas spécial de Briefhypothek.*

L'hypothèque accompagnée d'une lettre hypothécaire offre une espèce spéciale d'hypothèque du propriétaire. Celui-ci se trouvant en mesure de constituer cette hypothèque, trait pour trait, à l'instant même où il reçoit la contre-valeur, le code décide que le créancier acquiert l'hypothèque lorsque le propriétaire lui remet la lettre hypothécaire. A cette remise est assimilée la convention que le créancier aura le droit de se faire remettre la lettre hypothécaire par l'administration du registre foncier (art. 117-2°) et le code dispose que jusqu'au moment où les conditions requises pour l'acquisition de l'hypothèque par le créancier sont réunies, l'hypothèque avec lettre appartient au propriétaire. Cette disposition résulte de l'art. 1163-2°. « L'hypothèque pour laquelle » l'octroi de la lettre hypothécaire n'est par exclu appartient » au propriétaire jusqu'à la délivrance de la lettre au créan» cier ».

Nous voilà donc en présence d'un nouveau cas d'hypothèque du propriétaire, cas tout-à-fait spécial qui ne se présentera que dans une seule des formes du contrat hypothécaire, dans le cas où les parties ont constitué une hypothèque accompagnée de lettre hypothécaire. Nous avons vu que pour être valablement établie et pour garantir efficacement la créance, le propriétaire doit remettre au créancier une lettre hypothécaire matériellement réunie au titre de la créance dont elle ne peut être détachée. Ce n'est que par la remise de la lettre au créancier que le contrat hypothécaire prend naissance. Mais la sûreté, la garantie en elle-même consiste dans l'établissement de la lettre hypothécaire qui

peut être utilisée comme instrument de crédit ; cette lettre a une valeur intrinsèque indépendante de celle du titre auquel elle sera réunie. A qui profitera cette valeur? Au propriétaire, répond le code civil allemand : tant qu'il restera détenteur de la lettre, le propriétaire se trouvera donc nanti d'une hypothèque sur sa propre chose et pourra, manquant à la convention, se servir de la lettre pour garantir l'exécution d'une autre obligation, en disposer au profit d'un autre créancier. Jusqu'au moment où il se démunit de la lettre et alors même qu'il y aurait eu constitution d'hypothèque, il reste seul titulaire et bénéficiaire de la sûreté.

Tels sont les différents cas où, d'après le nouveau code civil allemand, on se trouve en présence de l'hypothèque du propriétaire. A la différence de la législation romaine et des règles édictées, tant par notre code civil que par nos lois modernes qui considèrent comme tout-à-fait exceptionnelle la situation d'un propriétaire ayant sur sa propre chose des causes de préférence, il est facile de voir que cette situation a été prévue par nombre de textes du nouveau droit germanique. L'institution y est dans son entier développement et y a pour ainsi dire acquis droit de cité ; il paraît difficile d'ajouter à la liste des cas limitativement énumérés par le code civil de 1896 des hypothèses où on voudrait trouver de nouveaux cas d'hypothèque du propriétaire, mais il n'est pas dénué d'intérêt de voir que les règles qui président à l'organisation et aux applications de l'hypothèque du propriétaire sont applicables au cas particulier d'hypothèque solidaire, sauf toutefois les dérogations spéciales résultant de la nature particulière de cette hypothèque.

6° Hypothèque du propriétaire en cas d'hypothèque solidaire.

Il y a lieu à hypothèque solidaire quand une créance est garantie par une hypothèque sur plusieurs fonds et que chacun des fonds est affecté à la totalité de la créance. Dans ce cas, le créancier peut poursuivre son paiement, à son gré, en tout ou en partie sur chacun de ces fonds. Il peut, au contraire, diviser le montant de la créance sur les divers fonds de manière que chacun ne réponde que du montant qui lui sera attribué (art. 1132). Dans cette hypothèse comme dans le cas le plus ordinaire d'hypothèque isolée portant sur un seul immeuble, nous allons voir le propriétaire acquérir sur sa propre chose des causes de préférence.

Ainsi si la créance garantie par l'hypothèque solidaire ne se forme pas ou vient à s'éteindre et si les fonds grevés appartiennent à différents propriétaires, l'hypothèque appartiendra en commun aux propriétaires des fonds grevés, cela en vertu de l'art. 1172 ; nous trouvons ainsi appliqués nos deux premiers cas d'hypothèque du propriétaire. Il en sera de même dans le cas où une hypothèque avec lettre aura été inscrite comme solidaire; tant que la lettre n'aura pas été remise au créancier par les propriétaires des fonds grevés, il n'existera d'hypothèque qu'au profit de ces propriétaires (art. 1117, 1163). Le code dispose dans ce cas (art. 1172-2°) que chacun des propriétaires intéressés aura le droit d'exiger la liquidation de la communauté ainsi créée : « Dans les cas » de l'art. 1163, l'hypothèque solidaire appartient en commun » aux propriétaires des fonds grevés. Sauf convention con- » traire, chaque propriétaire peut exiger que l'hypothèque » sur son fonds soit réduite conformément à l'art. 1132-2° à

» une fraction de la créance correspondante au rapport entre » la valeur de son fonds et celle de tous les fonds et que » cette hypothèque lui soit assignée en cette mesure réduite. » La valeur est calculée sous déduction des charges antérieu- » res en rang à l'hypothèque solidaire ». L'effet de l'hypothèque du propriétaire, au cas de Briefhypothek, sera donc de permettre à chaque propriétaire de réclamer, avant la délivrance de la lettre au créancier, la réduction de l'hypothèque. Alors que, d'après la constitution de l'hypothèque, chaque immeuble était, dans son intégralité, affecté à la garantie de la créance solidaire, chaque propriétaire aura, en vertu de l'hypothèque qui lui est accordée par l'art. 1172, le droit de faire restreindre le gage au montant de la créance qu'il doit personnellement.

Mais d'après ses caractères, l'hypothèque solidaire ne se prête pas à toutes les espèces d'hypothèque du propriétaire. Il y aura donc dérogation aux règles ci-dessus indiquées quand le propriétaire de l'un des fonds grevés paiera le créancier et éteindra ainsi la créance. Au cas d'hypothèque simple, l'effet du paiement serait de remettre l'hypothèque aux mains du propriétaire qui profiterait ainsi de l'extinction de la créance; dans l'espèce qui nous occupe, il n'y a pas de raison pour que les propriétaires retirent avantage du paiement fait par l'un d'eux. D'autre part, il serait contraire à l'essence de l'hypothèque solidaire et injuste envers les autres propriétaires que celui qui a payé acquît, non seulement l'hypothèque sur son propre fonds, mais aussi celle sur les autres fonds et fût ainsi mis en demeure de faire rayer l'hypothèque qui grève son fonds pour faire valoir celle qui grève l'un des autres. Cela est surtout à éviter dans le cas où, en vertu du

rapport existant entre les propriétaires des divers fonds, le propriétaire qui a payé était obligé de le faire vis-à-vis des autres. Le code décide que ce propriétaire acquiert l'hypothèque sur son propre fonds et que celle grevant les autres fonds s'éteint. Cependant, si ce propriétaire peut agir en répétition contre l'un des autres ou contre l'auteur de l'un des autres, l'hypothèque sur le fonds de celui-ci passera dans son chef, conformément à l'art. 1182, jusqu'à concurrence de la répétition ; mais en admettant cette restriction résultant du but de l'hypothèque solidaire et commandée par la sauvegarde des droits égaux ou inférieurs, on décide que cette hypothèque reste solidaire de celle existant sur le fonds de ce propriétaire (art. 1173-2°). Telles sont les règles édictées par cet art. 1173 ainsi conçu : « Si le propriétaire de l'un des fonds grevés d'une » hypothèque solidaire satisfait le créancier, il acquiert l'hy- » pothèque sur son fonds ; l'hypothèque sur les autres fonds » s'éteint. A la satisfaction du créancier par le propriétaire, » est assimilée la transmission au propriétaire du droit du » créancier ou la réunion de la créance et de la dette dans le » chef du propriétaire. Lorsque le propriétaire qui satisfait » le créancier peut exiger indemnité du propriétaire de l'un » des autres fonds ou d'un auteur de ce propriétaire, l'hypo- » thèque sur ce fonds passe également dans son chef jusqu'à » concurrence du droit à indemnité ; elle reste solidaire avec » l'hypothèque sur son propre fonds ». Conformément à la pratique, le code (1173-2°) assimile au paiement du créancier par le propriétaire le transfert à ce dernier des droits du créancier et la réunion, dans le chef de l'un des propriétaires des fonds grevés, de la créance et de la dette.

L'art. 1174 complète, pour l'hypothèque solidaire, les

dispositions prises par l'art. 1164 pour protéger le débiteur personnel. Si le créancier payé par le débiteur personnel avait une hypothèque solidaire et si le débiteur n'avait droit à répétition que contre le propriétaire de l'un des fonds ou contre son auteur, l'hypothèque sur ce fonds passe au débiteur et celle sur les autres fonds s'éteint. Cette disposition repose sur les mêmes considérations que l'art. 1173.

La disposition de l'art. 1175-1°, d'après laquelle l'hypothèque solidaire échoit en commun à tous les propriétaires des fonds grevés, lorsque le créancier y renonce, est conforme à la règle de l'art. 1168 relative à l'hypothèque isolée et au principe de l'art. 1172 sur l'hypothèque solidaire. Mais la règle que le propriétaire acquiert l'hypothèque lorsque le créancier y renonce ne peut trouver application dans le cas où cette renonciation est limitée à l'hypothèque sur l'un des fonds grevés (*supra* p. 130); dans ce cas en effet, l'acquisition, par le propriétaire, de l'hypothèque libérée nuirait aux droits des créanciers égaux ou inférieurs et le code décide justement que l'hypothèque s'éteint : « Si le créancier renonce à » l'hypothèque sur l'un des fonds, elle s'éteint pour ce » fonds » (art. 1175-1°). Il en est de même d'après le second paragraphe de l'article lorsque le créancier a été forclos par application de l'art. 1170 et d'après l'art. 418, lorsque, à la suite d'une reprise de dette, le droit du créancier s'est éteint.

En matière d'hypothèque solidaire, comme en matière d'hypothèque isolée, nous trouvons appliquées les règles relatives à la naissance de l'hypothèque du propriétaire. Il ne pouvait en être ainsi dans tous les cas, car la nature spéciale de l'hypothèque solidaire ne pouvait se prêter à

toutes les situations; l'intérêt d'un seul propriétaire ne pouvait pas être sauvegardé à l'exclusion des autres; d'où les restrictions que nous avons étudiées au cas de paiement fait par l'un des propriétaires et au cas de renonciation par le créancier à l'hypothèque sur l'un des biens.

SECTION II

EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE DU PROPRIÉTAIRE

Dans tous les cas d'hypothèque du propriétaire, si ce dernier n'a pas droit à la créance, comme l'hypothèque ne dépend pas d'une créance, elle se convertit en dette foncière. Toutes les clauses concernant les intérêts, la date du paiement, la dénonciation et le lieu du paiement restent maintenues. C'est ce que dit l'art. 1177-1° : « Si l'hypothèque se » réunit à la propriété dans le chef d'une personne sans que » le propriétaire ait également droit à la créance, l'hypo- » thèque se change en dette foncière. Quant à la production » d'intérêts, au taux de l'intérêt, au temps du paiement, à la » dénonciation et au lieu du paiement, les dispositions prises » pour la créance restent obligatoires. Si le propriétaire a » aussi droit à la créance, ses droits du chef de l'hypothèque » se déterminent, aussi longtemps que la réunion existe, » d'après les dispositions relatives à la dette foncière appar- » tenant au propriétaire ». Ainsi pour déterminer exactement l'effet de l'hypothèque du propriétaire, il faut faire une distinction : 1° ou bien l'hypothèque se réunit à la propriété sur la tête d'une même personne, sans que le propriétaire soit en même temps créancier; elle se convertit alors en dette foncière. En effet, l'obligation personnelle se trouve en

dehors et le propriétaire devient ayant-droit hypothécaire sur lui-même sans créance, ce qui est bien le cas de la dette foncière; 2° ou bien la créance elle-même passe au propriétaire; alors tant que la confusion dure, on se trouve encore, relativement à l'hypothèque contre soi-même, dans la situation de la dette foncière. L'effet ordinaire de l'hypothèque du propriétaire est donc d'amener la conversion de l'hypothèque en dette foncière et le propriétaire, muni de l'hypothèque sur sa propre chose, pourra demander la conversion. Ce droit lui est formellement reconnu par l'art. 1198 qui dit « qu'une hypothèque peut être convertie en dette » foncière et réciproquement. Il n'est pas besoin du consen» tement des ayants-droit égaux ou postérieurs en rang ». Cette dernière disposition ne date que du nouveau code civil; la loi prussienne du 5 mai 1872 (art. 29) autorisait déjà la transformation de l'hypothèque en dette foncière, mais exigeait le consentement des ayants droit; depuis le nouveau code, cette formalité n'est plus exigée : le propriétaire n'aura qu'à requérir sur le registre l'inscription constatant la transformation de l'hypothèque en dette foncière.

Tant que la dette foncière et la propriété sont réunies dans son chef, le propriétaire est soumis aux mêmes restrictions que le créancier qui est en même temps propriétaire. « Si » c'est le propriétaire qui est créancier, il ne peut poursuivre » l'exécution forcée pour obtenir satisfaction. Des intérêts ne » sont dus au propriétaire que lorsque le fonds a été saisi » sur la demande d'un autre en vue de l'administration for» cée et seulement pour la durée de celle-ci » (art. 1197). Ainsi, il peut bien faire valoir son droit dans la procédure d'exécution poursuivie par un autre, mais il ne peut lui-même

poursuivre l'expropriation. Il n'a droit à des intérêts que lorsque, sur la requête d'un autre, le fonds a été saisi et mis sous séquestre et seulement pendant la durée du séquestre. Le propriétaire ne peut donc en aucun cas poursuivre lui-même l'expropriation de son immeuble et se trouve muni d'une cause de préférence incomplète ; dépouillé du droit de suite, l'exercice du droit de préférence sur le prix se trouve limité au cas où les poursuites sont exercées par un autre.

Dépourvu de tout moyen agressif, le propriétaire ayant une hypothèque sur son propre bien devra donc laisser à d'autres l'initiative des poursuites qui, si elles ne sont pas exercées, lui rendront impossible l'exercice de son droit. La loi sur l'expropriation et l'administration forcées, qui fait suite au nouveau code civil allemand, est très détaillée : les idées essentielles qui la caractérisent la font différer profondément de notre système de procédure. Le premier de ces principes est la procédure d'office qu'on pourrait appeler la procédure automatique. Alors qu'en France le créancier hypothécaire qui poursuit la réalisation de son gage doit, par lui-même ou par son avoué, veiller constamment à l'accomplissement de chaque acte, ne laisser passer aucun délai, consacrer toute son attention à l'ordre et à la distribution qui suit; alors qu'il doit fixer lui-même la mise à prix, ce qui l'oblige en même temps comme enchérisseur ; alors que le créancier hypothécaire non poursuivant, quel que soit son rang, occupât-il le premier, doit constamment rester sur ses gardes et peut se trouver appelé à chaque instant, et tout à coup dans la nécessité de surenchérir, la procédure d'office, innovée par la loi allemande, supprime une partie de ces inconvénients et diminue les responsabilités de notre avoué envers son client.

Le poursuivant, s'il le veut, n'apparaît qu'une seule fois pour demander la poursuite, les autres intéressés n'interviennent que pour produire. Toutes les autres formalités s'accomplissent sans eux, par main de justice, avec moins de frais et sans retard ; en tout cas, sans perte de temps pour eux. C'est ainsi que l'immeuble est déclaré saisi par la décision introduisant l'instance en expropriation ; la signification de cette saisie est faite d'office au débiteur et sur la réquisition seule du tribunal. Le juge-conservateur mentionne qu'il y a demande de mise aux enchères, transmet tous renseignements sur l'immeuble, le tribunal fixe la date des enchères, rend publique d'office cette fixation et somme, d'office aussi, les intéressés. C'est le juge et non le poursuivant qui fixe les mises à prix ; la vente effectuée, c'est toujours d'office que le tribunal fixe le terme où le prix doit être versé et la liquidation effectuée. Telle est la procédure d'office inconnue dans nos lois et qui constitue une des plus heureuses innovations du droit germanique.

Le second principe coupe court aux poursuites vexatoires ou dangereuses. Il arrive très souvent en France, qu'un créancier hypothécaire ne pouvant venir en ordre utile, ou même qu'un simple créancier chirographaire poursuit la vente forcée d'un immeuble qui ne pourra pas ou qui pourra à peine couvrir les droits qui lui sont préférables. Néanmoins, sa qualité pour agir est certaine et il aura le droit, sans obtenir avantage, de causer un préjudice tant au débiteur qu'aux créanciers, en faisant vendre l'immeuble à vil prix, si le moment n'est pas favorable à la réalisation. Pour empêcher un tel résultat, la loi allemande oblige le poursuivant à porter une enchère servant de mise à prix (moindre enchère) qui

couvre toutes les créances de rang supérieur au sien : la responsabilité du poursuivant garantit ainsi qu'il n'agira que dans un intérêt véritable. On évite de la sorte la procédure connue dans notre législation sous le nom de conversion. Nous trouvons ici quelque chose d'analogue au *jus offerendæ pecuniæ* des Romains, d'après lequel un créancier hypothécaire de rang inférieur pouvait, moyennant le paiement intégral du créancier qui le primait, devenir lui-même créancier hypothécaire à sa place et prendre le rang du créancier désintéressé.

Le troisième principe est le suivant : la vente de l'immeuble ne rendra pas toujours les créances exigibles quand même le prix serait insuffisant pour les acquitter toutes. En France, quand le prix est inférieur au total des créances, l'acquéreur doit offrir le paiement immédiat et intégral aux créanciers inscrits, même à terme. Il en résulte qu'il achète moins cher ; de plus, les créanciers à terme reçoivent un paiement sur lequel ils ne comptaient pas et se voient forcés de chercher un placement nouveau. Ces inconvénients disparaissent dans le système allemand : certaines créances vont se trouver maintenues sur l'immeuble et vont se reporter de la tête du saisi sur celle de l'adjudicaire et cela de plein droit, de telle sorte que le créancier inscrit n'a à se préoccuper ni de la mise à prix, ni de la vente, ni de la distribution. C'est logique : du moment que le créancier poursuivant doit porter une mise à prix suffisante pour couvrir les hypothèques antérieures, on est sûr que l'adjudication atteindra au moins cette somme.

Tels sont les principes nouveaux qui dominent la loi allemande sur l'expropriation forcée : on doit y noter encore

l'institution spéciale de l'administration forcée. Le débiteur est seulement dessaisi de l'administration des biens, un administrateur le remplace : le créancier poursuivant acquiert un droit de gage sur les fruits, réserve faite des droits des créanciers antérieurs. Cette mesure est usitée lorsque l'expropriation serait désastreuse.

Quelques innovations importantes sont encore à signaler : d'une part, il n'y a plus de saisie opérée sur l'immeuble lui-même. Dans une législation où le livre foncier se substitue à l'immeuble, c'est sur le livre que la saisie s'accomplit. Ce système se combine avec celui de la procédure d'office. La saisie se réalise par un jugement qui introduit et ordonne l'instance de mise aux enchères et déclare l'immeuble saisi, jugement inscrit d'office sur le livre foncier sous forme de mention. Ce jugement est signifié à qui de droit : cela remplace avantageusement la notification de la saisie matérielle. D'autre part, la procédure d'ordre est liée à celle de saisie, elle l'accompagne au lieu de la suivre comme dans notre droit. C'est une grande économie de temps ; dès avant la vente, sommation est faite aux créanciers de produire pour leurs créances. La distribution est simplifiée puisqu'il n'y a plus à se préoccuper des dettes primant celles du poursuivant et qui passent sur la tête de l'adjudicataire en déduction du prix. La procédure de la folle enchère est maintenue mais rendue inutile par une sage disposition autorisant tout intéressé à demander à l'enchérisseur une sûreté s'élevant au dixième du prix à payer comptant.

Telles sont les principales dispositions innovées par le code civil allemand en matière d'expropriation forcée, dispositions qu'on peut regarder comme très heureuses, car en organisant

une procédure très rapide et peu onéreuse, elles suppriment un grand nombre des inconvénients de notre législation. Toutes les formalités, nous l'avons vu, sont opérées par le juge conservateur ; il n'y a qu'un acte abandonné à l'initiative des particuliers, c'est la requête à fin de saisie. Nous savons que le propriétaire muni d'une hypothèque sur sa propre chose ne peut former cette demande : il laissera donc agir les autres créanciers intéressés, et sans avoir à s'occuper des opérations en cours, il attendra sa collocation qui sera faite par le juge conservateur ; il pourra, dès lors, faire valoir son droit dans la procédure d'exécution. La réunion sur sa tête des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire du même bien a eu pour effet de transformer l'hypothèque en dette foncière (art. 1177) : les droits du propriétaire vont donc être les mêmes que ceux reconnus par le code au propriétaire muni de bons fonciers. Du jour où il sera dépouillé de son immeuble et où l'expropriation de cet immeuble sera poursuivie par une autre personne, il viendra à l'ordre et obtiendra, sur le montant de l'adjudication, le paiement de la créance privilégiée qu'il avait contre son immeuble.

Tels sont les effets de l'hypothèque instituée au profit du propriétaire sur sa propre chose par la loi prussienne du 5 mai 1872 et le nouveau code civil du 18 août 1896. Ajoutons, en terminant cette étude, que les dispositions relatives à cette matière ne sont pas des textes d'ordre public et que, par conséquent, elles n'ont rien d'obligatoire pour les parties. Les personnes intéressées peuvent donc convenir que, par dérogation à la loi et dans les cas que nous avons étudiés,

l'hypothèque ne fera pas retour au propriétaire mais sera rayée, le cas échéant, au profit des hypothèques postérieures. La réalisation de cette intention reste naturellement incertaine lorsque, vis-à-vis des créanciers postérieurs, le propriétaire n'est obligé que personnellement à faire la radiation pour le cas où il acquerrait l'hypothèque. C'est pourquoi le code a donné le moyen d'assurer réellement le droit à la radiation en se servant à cette fin de la prénotation. « Lors» que le propriétaire s'oblige envers quelqu'un à laisser » rayer l'hypothèque si elle se réunit à la propriété dans le » chef d'une personne, pour assurer le droit à la radiation, » l'on peut faire inscrire une prénotation au registre foncier » (art. 1179). La prénotation produira ici ses effets ordinaires prévus à l'art. 883 et rendra inefficace toute disposition faite après l'inscription de la prénotation en tant qu'elle anéantirait ou amoindrirait le droit garanti.

CONCLUSION

Nous avons terminé notre étude sur l'hypothèque du propriétaire; pour arriver au développement complet de cette institution apporté dans la législation moderne par le code civil allemand de 1896, nous avons cru utile de jeter un regard sur la législation romaine et sur les dispositions de notre code civil. Nous avons essayé de démontrer que les qualités généralement incompatibles de créancier hypothécaire et de propriétaire d'une même chose peuvent se trouver réunies sur la même tête; après avoir consacré quelques instants à l'examen de plusieurs textes semblant renfermer des cas d'hypothèque du propriétaire, nous avons admis, pour expliquer la subrogation romaine, la théorie généralement connue sous le nom de *successio in jus;* cette explication compte, il est vrai, un moins grand nombre de partisans que le système opposé de la *successio in locum* mais les nombreux arguments qui militent en sa faveur, l'autorité incontestable de ses défenseurs acharnés nous permettaient de la regarder comme possible et d'admettre au profit du *succedens* une subrogation au droit lui-même d'hypothèque. — De même les hypothèques prévues par l'art. 1251-2° du code civil et la loi du 13 février 1889, la situation faite au créancier qui accepte sous bénéfice d'inventaire la succession de son débiteur, celle de l'héritier bénéficiaire acquittant de ses deniers les dettes de la succession, nous ont fourni des cas

d'hypothèques appartenant au propriétaire sur sa propre chose; nous avons signalé l'exécution apportée aux principes par la survivance d'un démembrement du droit de propriété échappant aux effets ordinaires de la confusion et subsistant à côté du droit réel absolu. Sans doute, les effets ordinaires de l'hypothèque ne sauraient se manifester dans les situations exceptionnelles qui ont fait l'objet de notre travail, mais si on ne peut reconnaître au propriétaire et créancier hypothécaire de la même chose l'exercice du droit de suite, nous savons que la sauvegarde absolue de ses intérêts exige qu'on lui accorde au moins le droit de préférence. Cette coexistence sur la même tête des qualités incompatibles de créancier hypothécaire et de propriétaire d'une même chose n'apporte d'ailleurs qu'une exception partielle aux règles de la confusion, car si la survivance de la cause de préférence à côté du droit absolu de propriété ne fait aucun doute pour nous, il est établi que l'hypothèque ne peut être mise en mouvement, ne peut être de quelque utilité au propriétaire que lorsqu'il se trouve dépouillé de son immeuble, lorsque la confusion a cessé.

Avec le décret du 9 messidor de l'an III et l'organisation des cédules, nous voyons apparaître une idée nouvelle : la théorie de l'hypothèque indépendante, existant par elle-même sans le secours d'aucune obligation principale; la création de cédules hypothécaires et d'un mode de transmission facile de ces titres avait pour but de développer le crédit foncier par la mobilisation du sol; les événements regrettables de la période révolutionnaire ne permirent pas de considérer avec calme et de réaliser les quelques modifications indispensables à l'institution pourtant si hardie et si originale

des cédules hypothécaires. La loi du 11 brumaire an VII ne tarda pas à condamner l'innovation. Mais les deux idées fondamentales du décret de messidor ne devaient pas disparaître. Elles furent reprises par la loi prussienne du 5 mai 1872 et le code civil de 1896 et forment l'essence même de l'hypothèque du propriétaire. Le but que poursuivait le législateur de l'an III et qui a inspiré les jurisconsultes allemands est certainement de développer, en l'élargissant, le crédit immobilier. La cession facile des titres hypothécaires devait conduire à ce résultat en mettant le gage foncier en rapport avec une masse de capitaux plus considérable. D'où la création des bons fonciers et des lettres de gage hypothécaire assimilés au point de vue de la circulation aux effets de commerce ordinaires et pouvant être négociés par l'endossement à ordre du créancier. Un second moyen de développer le crédit immobilier était d'autoriser le propriétaire à prendre titre sur lui-même et en son nom. L'hypothèque ainsi établie constitue le propriétaire fictivement créancier de son propre immeuble et le titre d'obligation réelle résultant de cette créance est transmis, selon les besoins du crédit, au créancier véritable qui fait au propriétaire une avance de fonds. Avec ce système, on peut faire survivre le titre d'hypothèque à la créance qu'il a garantie une première fois et le propriétaire qui s'est libéré peut, en recouvrant son titre, le négocier au profit de quiconque lui offrira de nouveaux capitaux. Le législateur allemand de 1896 fait un large emprunt à ce second procédé en organisant l'hypothèque du propriétaire.

Ces deux procédés différents, qui conduisent à la mobilisation du sol et qui sont généralement désignés sous les noms d'hypothèque du créancier ou Briefhypothek et d'hypothèque

du propriétaire, formaient déjà l'essence du décret de messidor et se retrouvent tous deux au fond des lois allemandes. L'institution en Allemagne des bons fonciers et des lettres de gage hypothécaire constitue donc un progrès appréciable en matière de crédit immobilier, et il nous reste à souhaiter en France une réforme relative à la transmission des titres hypothécaires. Sans doute, depuis le décret du 9 messidor, nos juristes ne sont pas restés inactifs. Une commission, nommée le 15 juin 1849, voyait avec faveur la transmission par endossement des créances hypothécaires. Le projet de loi préparé par cette commission et accompagné d'un rapport de M. Persil fut livré à l'examen du conseil d'Etat et porté le 4 avril 1850 à l'Assemblée législative. Il faisait remarquer que cette faculté de circulation avantageuse au prêteur l'était aussi au propriétaire foncier, puisque le créancier exige un intérêt d'autant plus faible que la loi lui offre des moyens plus faciles de réaliser son capital, et, à l'appui de ses dires, il prouvait que l'intérêt avait baissé dans les pays où la circulation avait été facilitée. Les réformes proposées par la commission, au sujet de la circulation des titres hypothécaires, auraient pu être votées : la seule crainte de revenir à la théorie de l'hypothèque sur soi-même du décret du 9 messidor fit ajourner un vote favorable. Le projet, si longuement étudié par la commission, arriva jusqu'à la troisième lecture qui ne fut pas achevée ; l'Assemblée nationale législative fut dissoute et remplacée par le Corps législatif de l'Empire qui s'empara de ses travaux ; de cet emprunt devait sortir la loi du 23 mars 1855. Le seul progrès pour faciliter en France la circulation des créances hypothécaires fut le décret du 28 février 1852 dont l'art. 13 organisait la trans-

mission par voie de l'endossement des lettres de gage du Crédit foncier.

Malgré tout, le progrès réalisé en matière de crédit immobilier par la législation récente de l'Allemagne nous permet d'espérer que nos législateurs ne laisseront pas sommeiller plus longtemps les deux idées maîtresses du décret de l'an III et que les réformes réclamées par le crédit immobilier ne tarderont pas à être prises en considération, malgré le vote de la commission extra-parlementaire du cadastre qui, dans sa séance du 8 mars 1894, a repoussé la création de bons hypothécaires au porteur. Le système de messidor n'était certes pas exempt de vices dans son organisation, mais les lois allemandes n'ont-elles pas su, dans la création des bons fonciers et des lettres de gage, éviter la plupart des objections? Du reste, les vices résultaient précisément de ce qu'il s'agissait d'un système nouveau non encore mis à l'épreuve et qu'il fallait organiser de toutes pièces. Puisse l'exemple de nos voisins nous être profitable et nous doter d'un régime hypothécaire qui, en adoptant le principe de l'hypothèque sur soi-même, en facilitant par tous les moyens la circulation des titres hypothécaires, assurera au crédit immobilier un large développement et un brillant avenir.

Vu : Le Président de la thèse :
P. de LOYNES.

Vu : *Le Doyen*,
BAUDRY-LACANTINERIE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 8 mai 1900,
Le Recteur,
Gaston BIZOS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — Précis de droit romain, 4e éd. Paris, 1872.

Annuaire de législation étrangère, 1872-1897.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 4e éd., 1869-1879.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 5e éd. Paris, 1896.

BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES. — Privilèges et hypothèques. Paris, 1896.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Successions. Paris, 1895.

BEAUREGARD. — De la subrogation consentie par le débiteur. Paris, 1876.

Bulletin de la Société de législation comparée, 1889-1895.

CABOUAT. — De la *successio in locum creditorum*. Paris, 1881.

CHACHUAT. — Des origines romaines de la subrogation légale accordée à l'acquéreur. Paris, 1889.

CHALLAMEL. — De la cession des créances hypothécaires. Paris, 1878.

CHEMINAT. — De la *successio in locum creditoris*. Paris, 1886.

DALLOZ. — Répertoire.

DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon. Paris, 1864.

DURANTON. — Cours de droit français. Paris, 1844.

GAUDEMET. — Etude sur le transport de dettes à titre particulier. Paris, 1898.

GAUTHIER. — De la subrogation des personnes ou du paiement avec subrogation. Paris, 1853.

GRASSERIE (de la). — Code civil allemand et loi d'introduction. Paris, 1897.

GUILLOUARD. — Traité des privilèges et hypothèques. Paris, 1897-1899.

HARDY. — De la *successio in locum creditoris*. Paris, 1893.

JOURDAN. — De l'hypothèque. Aix-Paris, 1876.

LAURENT. — Principes du droit civil français. Bruxelles, 1878.

LOYNES (de). — Cours de droit civil comparé, 1898-1899.

MEULENAERE (de). — Code civil allemand et loi d'introduction. Paris, 1897.

MILHAUD. — De la *successio in locum creditorum*. Paris, 1884.

MOURLON. — Traité des subrogations personnelles. Paris, 1848.

Pandectes françaises. — Privilèges et hypothèques (I). Paris, 1898.

RENUSSON. — Traité de la subrogation et de ceux qui succèdent aux lieu et place des créanciers. Paris, 1723.

TROPLONG. — Droit civil expliqué. Paris, 1833.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

L'hypothèque du propriétaire en droit romain.

CHAPITRE PREMIER. — *Etude des textes* 9

CHAPITRE II. — *Etude de la* successio in locum creditoris 21

CHAPITRE III. — *Cas d'un créancier hypothécaire qui se rend acquéreur de l'immeuble hypothéqué* 39

DEUXIÈME PARTIE

L'hypothèque du propriétaire en droit français.

CHAPITRE PREMIER. — *Subrogation légale établie au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué par l'art. 1251-2° du code civil* 46

A. L'acquéreur est lui-même créancier hypothécaire. 51

B. L'acquéreur est un étranger ou un créancier chirographaire . . . 56

CHAPITRE II. — *Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, établie au profit de l'acquéreur d'un bien du mari, par la loi du 23 mars 1855 complétée par la loi du 13 février 1889* 62

CHAPITRE III. — *Cas d'un créancier hypothécaire du défunt qui, devenant son héritier, accepte la succession sous bénéfice d'inventaire* 69

CHAPITRE IV. — *Cas d'un héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession* 74

CHAPITRE V. — *Décret du 9 messidor an III organisant les cédules hypothécaires* 77

TROISIÈME PARTIE

L'hypothèque du propriétaire en droit allemand.

Pages

CHAPITRE PREMIER. — *Le bon foncier et la loi prussienne du 5 mai 1872* . . 104

CHAPITRE II. — *L'hypothèque du propriétaire et le code civil de 1896*. . . . 114

Section I. Différents cas d'hypothèque du propriétaire. 119

Section II. Effets de l'hypothèque du propriétaire. 145

CONCLUSION 153

BIBLIOGRAPHIE 159

23,856. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DES

ALIÉNATIONS QUI OPÈRENT DE PLEIN DROIT LA PURGE

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le 29 Juin 1900, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Louis MARCON de LANDAS

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

17 — RUE POQUELIN-MOLIÈRE — 17

(ANCIENNE RUE MONTMÉJAN)

1900

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MM. BAUDRY-LACANTINERIE, ✱, ✪ I., doyen, professeur de *Droit civil.*

SAIGNAT, ✱, ✪ I., assesseur du doyen, professeur de *Droit civil.*

BARCKHAUSEN, O. ✱, ✪ I., professeur de *Droit administratif.*

DE LOYNES, ✪ I., professeur de *Droit civil.*

VIGNEAUX, ✪ I., professeur d'*Histoire du droit.*

LE COQ, ✱, ✪ I., professeur de *Procédure civile.*

LEVILLAIN, ✪ I., professeur de *Droit commercial.*

MARANDOUT, ✪ I., professeur de *Droit criminel.*

DESPAGNET, ✪ I., professeur de *Droit international public.*

MONNIER, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DUGUIT, ✪ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif.*

DE BOECK, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

DIDIER, ✪ I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle.*

CHÉNEAUX, professeur adjoint, chargé des cours de *Droit civil comparé* et de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, agrégé, chargé des cours de *Législation et Économie coloniales* et d'*Économie politique* (Doctorat).

BENZACAR, agrégé, chargé du cours d'*Économie politique* (Licence).

MM. SIGUIER, ✪ A., *secrétaire.*

PLATON, ✪ I., ancien élève de l'École des Hautes Études, *sous-bibliothécaire.*

CAZADE, *commis au secrétariat.*

COMMISSION DE LA THESE

MM. LE COQ, professeur, *président.*

SAIGNAT, professeur, } *suffragants*

DIDIER, professeur. }



DES

ALIÉNATIONS QUI OPÈRENT DE PLEIN DROIT LA PURGE

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

INTRODUCTION

L'hypothèque, à laquelle il faut assimiler les privilèges portant sur les immeubles (1), est une « cause de préférence » et « un droit réel » à la fois. Tels sont les termes des art. 2094 et 2114 C. civ. qu'il est intéressant de rappeler. « Cause de » préférence, elle protège le créancier contre l'effet des obli- » gations nouvelles contractées par le débiteur, elle lui con- » fère même le droit d'être payé avant les créanciers chiro- » graphaires antérieurs. Droit réel, elle le met à l'abri des » conséquences des actes de disposition du débiteur en lui » donnant la faculté de suivre le bien grevé entre les mains » de tout tiers détenteur » (2).

(1) D'une manière générale, nous parlerons uniquement, au cours de ce travail, de l'hypothèque. Mais, sauf réserves expresses, ce terme générique comprendra les privilèges immobiliers, les mêmes règles leur étant applicables en principe.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 2e édit , 1899, I, introd., p. VII.

L'art. 2166 C. civ., à son tour, indique nettement le rôle de ce droit de suite : « Les créanciers ayant privilège ou » hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quel» ques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés sui» vant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ». Le paiement par préférence, tel est donc le but du privilège ou de l'hypothèque; le droit de suite est le moyen placé par la loi entre les mains du créancier pour atteindre ce but. Grâce à ce droit réel, le créancier peut, à son gré, lorsqu'il veut obtenir paiement de sa créance, agir directement contre l'immeuble qui constitue son gage. Entre ce gage et lui, existe un lien que ne saurait relâcher un changement de détenteur. Le tiers dans le patrimoine duquel l'immeuble sera passé pourra, « comme détenteur du gage, *propter rem et occasione rei* » [1], être attaqué par le créancier en vertu de son hypothèque.

Il est certain que, privé de ce droit de suite, le créancier hypothécaire serait, la plupart du temps, victime des aliénations consenties par son débiteur. Quelle efficacité aurait entre ses mains son droit de préférence? « Le créancier ver» rait son gage lui échapper avec la même facilité que le » meuble le plus fragile. Mais le droit de suite retient ce » gage dans les liens de l'hypothèque », l'empêche en un mot d'être illusoire! [2] C'est pourquoi on peut dire avec raison que le droit de suite, auxiliaire essentiel du droit de préférence, est « le nerf » de l'hypothèque.

Mais, si tout détenteur de l'immeuble hypothéqué peut être ainsi atteint par le créancier, bien qu'il ne doive rien personnellement, bien que, s'il est acquéreur, il ait payé

[1] Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III, n. 1426.
[2] V. Troplong, *Priv. et hyp.*, III, n. 775, p. 354.

l'immeuble à chers deniers, quelle sécurité aura-t-il? Par suite de cette incertitude du droit de propriété, la libre circulation des biens, ce grand principe d'intérêt général qui n'a cessé d'inspirer le législateur, sera compromise. Qui voudra se constituer acquéreur d'un immeuble, si, par aucun moyen, il ne lui sera possible de se soustraire à la poursuite du créancier de son vendeur (1)? Les intérêts du créancier hypothécaire d'une part, et, d'autre part, ceux de l'acquéreur sont en antagonisme.

Or, au point de vue de l'intérêt social, il est également nécessaire que l'on puisse trouver des prêteurs sur hypothèques, aussi bien que des acquéreurs d'immeubles hypothéqués.

Le législateur devait se préoccuper de cette situation et résoudre une aussi grave et importante difficulté. C'est ce qu'il a fait en organisant l'institution de la purge.

Il nous paraît essentiel de placer, au seuil même de ce travail, un résumé succinct des principes qui forment la base de ce rouage indispensable du régime hypothécaire. Nous devrons en effet bien souvent invoquer ces principes qui nous permettront au surplus de formuler les règles au moyen desquelles il nous sera possible de dégager rationnellement les cas particuliers, objets de notre étude.

I

Quelles peuvent être les prétentions légitimes du créancier hypothécaire sur l'immeuble qui constitue son gage?

Plaçons-nous au moment de la formation du contrat. Celui qui devenait créancier n'a pas voulu « se contenter du droit

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2318, p. 539.

» de gage général des art. 2092 et 2093 C. civ » ([1]). Il a demandé que son emprunteur lui fournît une sûreté réelle. Celui-ci ayant indiqué, dans son patrimoine, un immeuble susceptible de remplir ce rôle, le créancier a dû examiner avec attention quelle pouvait être la valeur *maxima* de cet immeuble. Au résultat de cet examen, il a pensé que cette valeur était suffisante pour répondre de l'exécution du contrat et il a donné son acceptation définitive. C'est en considération de la valeur du bien affecté à sa garantie que le créancier a consenti à contracter.

Il n'a donc jamais pu croire le remboursement de sa créance assuré au-delà de la valeur même de l'immeuble hypothéqué. S'il a accepté de fournir des prestations supérieures, c'est à ses risques et périls, en toute connaissance de cause.

De ces considérations il résulte que, du jour où le créancier aura reçu la valeur de l'immeuble, il n'aura plus aucun droit sur ce gage, alors même qu'il ne serait pas complètement désintéressé. L'immeuble doit, à partir de ce moment, rester absolument libre du lien hypothécaire, le créancier ne conservant qu'une action personnelle contre son débiteur au cas où il serait encore créancier ([2]).

C'est ce que le conseiller d'Etat Treilhard exprimait, le 24 ventôse an XII, dans l'exposé des motifs de la loi relative aux privilèges et hypothèques, loi qui constitue le titre XVIII du code civil : « Un immeuble ne peut fournir de sûreté au » delà de sa valeur réelle ; ainsi, toutes les fois que cette » valeur est donnée aux créanciers, l'immeuble doit rester » libre » ([3]).

([1]) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 1, p. 1.

([2]) Cf. Dalmbert, n 4, p. 8 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2318, p. 539 s. ; Colmet de Santerre, IX, n. 167, p. 386.

([3]) Dalloz, J. G., *Priv. et hyp.*, Tableau de la Législation. Loi du 28 ventôse an XII. *Exposé des motifs*, n. 22, p. 41.

Pour que le prix soit substitué, sans préjudice pour les créanciers, au bien grevé, il faut donc et il suffit qu'il représente l'intégrale valeur de ce bien.

Ce principe même est la justification de la purge qui n'a d'autre but que de détacher les hypothèques de l'immeuble, dans un intérêt social, et de les convertir en action sur le prix (¹).

Examinons brièvement quelle pourra être l'application du principe.

Tant que les créanciers hypothécaires ne poursuivent pas la vente de l'immeuble grevé par la voie de la saisie immobilière, le débiteur conserve évidemment tous ses droits sur ce bien qui est sa propriété. Il a notamment pleins pouvoirs pour le vendre ou le donner, s'il le désire. Les créanciers ne sauraient mettre le moindre obstacle à ce droit.

Mais, pour éviter que ceux-ci ne soient victimes d'une aliénation à vil prix, ou d'une fraude quelconque, la loi leur donne, outre le droit de saisir l'immeuble entre les mains de tout détenteur, un droit de contrôle sur le prix de la vente consentie par leur débiteur.

Comment exerceront-ils ce droit de contrôle, bien plus précieux pour leurs intérêts que le droit de saisir?

La vente ou la donation, c'est notre première hypothèse, a eu lieu à leur insu. Pour la leur faire connaître et contrôler, l'acquéreur ou donataire leur notifie son titre, leur offrant en outre soit le prix de la vente, soit la somme considérée par lui comme représentant la valeur de l'immeuble. Si les créanciers acceptent ces offres, il se forme, entre eux et le détenteur de l'immeuble, un véritable contrat que rien ne saurait rompre. S'ils prétendent que les sommes offertes

(¹) Rapport au Tribunat de M. Grenier, séance du 26 ventôse an XII. Dall., *ibid.*, n. 62, p. 45.



sont inférieures à la valeur du bien grevé, la loi leur donne un moyen, la mise aux enchères (art. 2183 s. C. civ). Ce moyen est la meilleure sauvegarde; il ne laisse place à aucune récrimination. La grande publicité des enchères (art. 836 s. C. Pr. civ.) doit en effet donner aux créanciers l'assurance que l'immeuble atteint sa valeur *maxima*, ils ont pleine satisfaction. Dans les deux cas, acceptation des offres ou mise aux enchères, les créanciers ont donc exercé leur droit de contrôle et le prix contradictoirement fixé prend, dans le patrimoine du débiteur, la place de l'immeuble qui reste libéré de toutes charges hypothécaires. Le but de l'hypothèque est atteint sans que les intérêts du débiteur ou du détenteur aient été lésés, le débiteur n'ayant subi aucune entrave dans l'exercice de son droit de propriétaire, le détenteur ayant trouvé dans la purge un moyen de consolider la propriété sur sa tête.

Une saine appréciation de l'étendue du droit d'hypothèque a donc permis au législateur de concilier dans une large mesure les droits de chacun.

II

Jusqu'ici, nous avons supposé que l'aliénation de l'immeuble s'était effectuée en l'absence des créanciers hypothécaires et à leur insu. Il n'était pas possible de leur accorder le droit et le moyen d'intervenir au moment même de la vente faite, de son plein gré, par leur débiteur, aussi était-il nécessaire, pour ménager leurs intérêts, tout en libérant l'immeuble, de porter, après coup, cette aliénation à leur connaissance, de fixer contradictoirement avec eux la valeur de l'immeuble, en un mot de remplir les formalités de la purge.

Supposons maintenant, c'est notre deuxième hypothèse, que les créanciers soient intervenus à l'aliénation elle-même ou qu'ils aient été appelés à y intervenir pour veiller, au moment où elle était effectuée, à la conservation de leurs droits. La purge, après une telle aliénation, sera-t-elle nécessaire?

L'examen de cette hypothèse va nous permettre de formuler la première des règles qui nous serviront à distinguer les aliénations opérant de plein droit la purge.

Voici que l'immeuble hypothéqué est sur le point d'être vendu. A raison de la nature de la vente, nous verrons plus tard dans quelles circonstances, la loi ordonne que les créanciers hypothécaires soient mis en cause assez tôt pour qu'il leur soit possible de surveiller toutes les phases de l'aliénation, d'assister ou même de prendre part à la fixation du prix, chose essentielle pour eux, avons-nous dit. Telle est notre espèce, dans toute sa généralité.

Aux yeux de la raison, il est évident qu'une aliénation de ce genre doit mettre un terme au droit de suite des créanciers en plaçant l'acquéreur à l'abri de toute éviction de leur part. Il faut et il suffit pour cela, disions-nous, que le prix soit fixé d'accord avec les créanciers et leur soit ainsi opposable, qu'une entente, un véritable contrat se forme entre leur débiteur et son acquéreur d'une part, et eux, d'autre part, sur la détermination de la valeur de l'immeuble. Or, dans notre hypothèse, ce contrat se forme au cours même de l'aliénation, toutes parties présentes. Non seulement les créanciers connaissent la vente, le prix, mais encore ils ont été mis en mesure de prévenir toute fraude. A quoi servirait-il alors de leur accorder de nouveau, après coup, ce qui leur a été accordé déjà au moment même de la vente?

On peut dire que, dans l'hypothèse précédente, les créan-

ciers ont épuisé leur droit de suite en acceptant les offres du détenteur ou en formant une surenchère ; tandis que dans notre hypothèse actuelle, ils l'ont épuisé par leur concours actif à l'aliénation. Dans les deux espèces, la purge est opérée et le prix représentant légitimement aux yeux des créanciers la valeur de l'immeuble, doit lui être substitué, sans préjudice pour eux.

Mais si, dans le premier cas, l'acquéreur, après l'aliénation, a dû remplir les formalités de la purge pour que cette substitution soit possible, dans le second, le but de la purge est atteint avant même que ces formalités aient été accomplies, ou plutôt parce que la mise en cause des créanciers avant l'aliénation remplit le même rôle.

Nous arrivons ainsi, en concluant, à formuler notre première règle :

Lorsque les créanciers hypothécaires auront été parties à l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, cette aliénation opèrera d'elle-même la purge de leur droit de suite, rendant ainsi inutiles les formalités des art. 2183 s. C. civ.

Disons immédiatement que la vente sur saisie immobilière est le type des aliénations auxquelles nous verrons s'appliquer cette règle.

III

Il est fort intéressant de remarquer que c'est la purge opérée ainsi de plein droit par la vente forcée qui a donné l'idée d'organiser, pour le cas d'aliénation volontaire, les formalités ayant pour but la libération de l'immeuble.

Un rapide coup d'œil sur l'histoire de la purge suffira à nous en convaincre.

Même chez les Romains, nous trouvons le germe de cette purge de plein droit, basée sur le consentement tacite donné,

dans les ventes publiques, à la fixation du prix, par les créanciers avertis de la vente.

Nous lisons en effet au code (L. 6, *de Remiss. pignor.*, 8, 26) : « *Si eo tempore quo prædium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum præsentes essent, jus suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse* ».

Cette même idée se retrouve dans la Loi 8 (*ibid.*) : « *Si hypothecas fisco distrahente creditores silentio tradiderunt negotium, palam est actionem suam amisisse eos quam in rem habebant : nam fiscalis hastæ fides facile convelli non debet* ».

Ces ventes publiques, faites sous l'autorité du magistrat, se nommaient *subhastationes*. Elles étaient poursuivies d'ordinaire par le créancier ayant le rang hypothécaire préférable. Les créanciers, avisés de la vente par des affiches publiques, étaient censés avoir renoncé à leur action hypothécaire s'ils n'avaient usé de leur droit, soit en s'associant aux poursuites, soit en prenant, si leur rang était préférable, la place du poursuivant [1].

Ces aliénations opéraient donc, par elles-mêmes, la purge des droits hypothécaires.

Dans notre ancien droit, alors qu'aucun moyen n'avait été imaginé pour permettre à l'acquéreur d'un immeuble vendu volontairement de l'affranchir des hypothèques qui le grevaient, la purge résultait de plein droit des ventes forcées, sous l'empire de l'Edit des criées de 1551.

« *Décret forcé nettoye toutes les hypothèques* », disait Loisel [2].

On appelait *décret forcé* la vente faite d'autorité de justice.

[1] Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2319, p. 544 ; Dalmbert, n. 12, p. 16.

[2] Loisel, *Instit. Cout.*, liv. VI, tit. VI, règle 15.



Cette vente était l'objet d'une très grande publicité; les créanciers étaient avertis et pouvaient intervenir. A eux de surveiller la conservation de leurs droits. Aussi, comme le dit Pothier, « l'héritage adjugé par décret est transféré à » l'adjudicataire avec les seules charges exprimées par l'affi- » che; le décret purge toutes les autres et éteint tous les » droits de propriété et autres droits réels que les tiers auraient » pu avoir dans cet héritage » ([1]).

Les créanciers qui avaient formé opposition conservaient leurs droits, mais ces droits ne portaient plus désormais sur l'immeuble; ils étaient transférés sur le prix. « Vingt-quatre » heures après ([2]) que le décret d'administration avait été » levé et scellé, l'immeuble était purgé de tous droits réels. » Les créanciers privilégiés ou hypothécaires qui avaient » formé une opposition à fin de conserver, pouvaient se faire » colloquer sur le prix d'adjudication, suivant leur rang » hypothécaire » ([3]).

Nous avons dit que l'idée d'appliquer la purge aux aliénations volontaires était née à l'occasion de la purge de plein droit opérée par les ventes forcées. Nous allons voir se justifier cette affirmation.

C'est en effet le « *décret forcé* » qui donna l'idée du « *décret volontaire* ».

L'impossibilité pour l'acquéreur, au cas de vente de gré à gré, de dégager l'immeuble des hypothèques et des privilèges consentis par son vendeur, avait fatalement entravé la

([1]) Pothier, *Procéd.*, art. II, § VIII, édit. de M. Dupin, 1824, IX, p. 259. — Cf. Dalmbert, n. 13, p. 19, note 1.

([2]) En Béarn, cependant, le décret ne purgeait les hypothèques qu'après le laps de cinq ans depuis la possession réelle. Durant cette période, tout créancier pouvait demander que le décret lui fût cédé par le « décrétiste », si celui-ci n'aimait mieux payer. — V. Merlin, *Rép.*, 3e édit., 1807. Décret d'immeubles, § III, p. 359.

([3]) Dalmbert, n. 14, p. 22. — Cf. Merlin, *loc. cit.*, p. 362.

circulation des biens. Aussi voulut-on étendre à ce cas les règles de la vente forcée, si favorables à l'acquéreur.

Comme il arrive souvent, lorsque la loi ne répond pas aux exigences de la pratique, on tourna la loi ou plutôt on étendit son application à des hypothèses en vue desquelles elle n'avait pas été faite. Rien n'était plus utile à la société que de favoriser les aliénations volontaires, exercice du droit de propriété lui-même.

Nous ne saurions mieux faire, pour donner une idée du procédé employé, que de citer MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes :

« On conçut l'idée d'appliquer fictivement cette procédure » (du décret forcé) au cas d'aliénation volontaire et d'attri- » buer à la vente sur décret volontaire les mêmes effets qu'à » la vente sur décret. Dans ce but, l'acquéreur contractait » une obligation en brevet pour une somme actuellement » exigible envers un tiers qui reconnaissait la simulation par » une contre-lettre. En vertu de cette obligation, le tiers » faisait commandement à l'acquéreur et, sur son refus de » payer, procédait à la saisie et à la vente par décret. Les » créanciers hypothécaires étaient obligés de faire opposition » dans un certain délai et de produire à l'ordre ouvert pour » la distribution du prix. Après l'accomplissement de ces » formalités, l'immeuble était purgé des hypothèques qui le » grevaient et l'acquéreur était à l'abri de tout danger d'évic- » tion » (1).

Il y a lieu de signaler néanmoins un mode de purge plus direct qui était employé en Bretagne et nommé *appropriance*. L'acquéreur publiait, par trois fois, à l'issue de la messe, au lieu de situation du bien acquis, son contrat d'acquisition et,

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, Introduction, XXIII; Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Décret volontaire*.



dans un délai fixé, les créanciers devaient former opposition. A défaut, la purge était opérée [1]. Mais c'était là une exception. Dans la très grande majorité des autres provinces, le décret volontaire était pratiqué.

Cette pratique prouve combien l'institution de la purge est une nécessité dans tout régime hypothécaire.

Le plus grand obstacle à son organisation dans notre ancien droit, comme à Rome, provenait de ce que les hypothèques étaient occultes. Une fois les créanciers hypothécaires connus, il eût été facile en effet de leur notifier l'aliénation volontaire en faisant une publicité plus utile et plus directe. Aussi essaya-t-on de rendre publiques les hypothèques. Tel était le but d'un édit de mars 1673. Mais les attaques dont il fut l'objet obligèrent à la rapporter malgré le très grand progrès qu'il réalisait.

En 1771, on comprit enfin qu'il était nécessaire « d'assurer » le droit de propriété de chacun » et de « prévenir les trou- » bles et les évictions qui résultaient souvent de l'omission » des formalités longues et embarrassantes auxquelles les » décrets volontaires sont assujettis ». Ainsi s'exprimait le préambule de l'Edit alors promulgué qui créa les offices de conservateurs des hypothèques et les *Lettres de ratification.* L'ordre et la stabilité des hypothèques furent ainsi fixés dans une certaine mesure, « de sorte que d'un côté les acquéreurs » puissent traiter avec solidité et se libérer valablement, et, » d'un autre côté, les vendeurs puissent recevoir le prix de » leurs biens sans attendre les délais d'un décret volontaire, » formalité longue et simulée, introduite pour suppléer au » défaut d'une loi que le bien général sollicitait » [2].

[1] Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *ibid.* — Guillouard, *Des priv. et hyp.*, 2e édit., I, n. 20, p. 35.

[2] Préambule de l'édit.

Cet édit de 1771 visait donc uniquement les aliénations volontaires auxquelles la pratique avait appliqué avec adresse la procédure du décret forcé. Il organisait une série de mesures tendant à rendre publique l'aliénation de gré à gré. Le contrat de vente était affiché durant deux mois au tribunal (art. 8) (1). Les créanciers, même chirographaires, pouvaient faire opposition et surenchérir de un dixième. Les lettres de ratification, délivrées dans chaque bailliage ou sénéchaussée par les conservateurs gardes des sceaux, à l'expiration des deux mois, purgeaient l'immeuble de tous privilèges et hypothèques. Le prix était ensuite distribué aux créanciers opposants.

On le voit, un grand pas était fait, mais ces mesures n'offraient évidemment pas encore pour les créanciers les garanties des notifications individuelles de l'art. 2183 du code civil.

Ce n'est point là notre sujet, puisque le décret forcé, qui seul doit nous occuper, n'était pas touché par la législation de 1771. Nous avons voulu seulement, par ce coup d'œil très rapide, montrer comment la purge, opérée de plein droit par les ventes forcées, avait pu donner naissance à la purge au cas d'aliénation volontaire et aussi combien l'anéantissement des droits hypothécaires par la vente en justice s'était imposé de bonne heure dans la pratique.

Lorsque nous étudierons les divers cas de purge *ipso jure,* nous aurons certainement à emprunter à ces détails historiques quelques enseignements.

Pour le moment, nous devons continuer à rechercher les règles qui nous serviront à découvrir ces cas.

La première est déjà formulée. Reste à indiquer la seconde. Elle ressort des principes essentiels du code de procédure civile en matière de ventes en justice.

(1) V. Merlin, *Rév.*, vº *Hyp* , sect. I, § 13, p. 820.

IV

Nous savons que l'accomplissement des formalités de la purge met les créanciers hypothécaires dans cette alternative : accepter le prix offert ou surenchérir du dixième. Cette surenchère est, nous l'avons dit, l'exercice même du droit de suite des créanciers. Elle leur permet de faire atteindre à l'immeuble son véritable prix. Si elle ne leur était point ouverte, il ne servirait de rien de leur faire les notifications de l'art. 2183 C. civ. Il suffirait, une fois la vente absolument définitive, de leur faire connaître le prix convenu en dehors d'eux entre le vendeur et l'acquéreur et de le leur distribuer. La purge ne saurait donc se concevoir, d'une manière générale tout au moins, sans ce droit de surenchère des créanciers.

Or il se rencontre un cas dans lequel les dispositions législatives interdisent toute surenchère : c'est lorsqu'il y a eu déjà surenchère des mêmes biens. On énonce cette prohibition dans la maxime bien connue : « *Surenchère sur surenchère ne vaut* » écrite dans plusieurs articles du code de procédure civile. Sa portée est universelle et absolue. Elle s'applique aussi bien aux surenchères du sixième ouvertes à toutes personnes qu'aux surenchères du dixième ouvertes aux seuls créanciers hypothécaires.

La loi présume que par deux enchères successives le prix de l'immeuble a été porté à son maximum et que par suite il serait frustratoire et parfaitement inutile d'autoriser, pour en arriver à une troisième vente publique, une deuxième procédure de surenchère dont le plus grave inconvénient, outre les frais occasionnés, serait de tenir la propriété en suspens (1).

(1) Cf. Colmet de Santerre, *Cours de dr. civ.*, IX, 169 *bis*, XIX-2°, p. 398. — Dalloz, *J. G.*, *Priv. et hyp.*, n. 2029 s.

Telle est, en deux mots, la base rationnelle de cette prohibition que le code formule expressément pour toutes les ventes judiciaires : ventes des biens des mineurs (art. 965, al. 2, C. pr. civ.); ventes sur licitation (art. 973, al. 6); ventes des biens dépendant d'une succession bénéficiaire (art. 988, al. 2); ventes sur saisie immobilière (art. 710, al. 2); ventes des biens du failli par le syndic, après union (art. 573 C. com.) (V. aussi art. 838, C. Pr. civ., 6e al.) [1].

Devant ces dispositions d'ordre public, les créanciers hypothécaires, alors que déjà la vente en justice des biens sur lesquels ils ont des droits a été suivie de surenchère, ne pourraient donc exercer le droit résultant pour eux de l'art. 2185 C. civ. Par suite, — nous avons seulement indiqué cette idée, mais nous y reviendrons, — la purge est inutile. La première vente sur surenchère a éteint le droit des créanciers de suivre l'immeuble en quelques mains qu'il passe.

Notre deuxième règle peut donc se formuler ainsi : *Lorsque l'aliénation aura été suivie d'une vente sur surenchère, la purge sera inutile par une application nécessaire de la règle « surenchère sur surenchère ne vaut »*.

Nous sommes arrivé ainsi à énoncer les deux principes autour desquels se grouperont les cas de purge de plein droit.

Chaque fois que les créanciers hypothécaires auront été parties à la procédure d'aliénation d'une part; chaque fois que la règle « surenchère sur surenchère ne vaut » mettra obstacle à l'exercice de leur droit de suite, d'autre part, nous

[1] Cf. Aubry et Rau, III, § 293 *bis*, p. 499, note 8; Garsonnet, IV, § 726, p. 323; Dalmbert, *ibid.*

serons assurés de nous trouver en face d'une aliénation rendant inutiles les formalités de la purge.

Par contre, en l'absence de l'une ou de l'autre de ces circonstances, l'acquéreur, pour être à l'abri de l'action hypothécaire, devra faire aux créanciers les notifications prescrites par la loi.

Pour embrasser tout le sujet annoncé par notre titre, nous devrions étudier dans un premier chapitre les applications de la première règle. Elles sont au nombre de trois :

1° Vente sur saisie immobilière ;

2° Vente sur conversion de saisie immobilière en vente volontaire après l'accomplissement des formalités de l'art. 692 C. pr. civ. ;

3° Expropriation pour cause d'utilité publique.

Dans un deuxième chapitre, nous aurions à examiner les applications de la deuxième règle qui sont aussi au nombre de trois :

1° Vente sur surenchère du 1/6 après aliénation en justice autre que sur saisie immobilière ;

2° Vente sur surenchère du dixième, après aliénation volontaire suivie des formalités de la purge ;

3° Vente des immeubles du failli opérée par le syndic après l'union et suivie de la surenchère de l'art. 573 du code de commerce.

Un troisième chapitre pourrait être consacré à l'étude des deux cas controversés en doctrine et en jurisprudence :

1° Vente des immeubles du failli par le syndic après l'union, mais non suivie de la surenchère de l'art. 573 du code de commerce ;

2° Vente sur folle enchère.

Mais disons immédiatement que notre intention est de limiter notre travail aux aliénations d'ordre privé. Parmi

celles-ci, nous laisserons même de côté les matières commerciales. Au lieu de nous livrer à l'étude de ces aliénations d'ordre public ou commercial, expropriation pour cause d'utilité publique, vente des immeubles du failli, étude dont nous venons de marquer quelle serait la place, nous nous bornerons à leur sujet à quelques indications sommaires.

CHAPITRE PREMIER

ALIÉNATIONS OPÉRANT DE PLEIN DROIT LA PURGE PAR SUITE DE LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS A L'ALIÉNATION

SECTION PREMIÈRE

VENTE SUR SAISIE IMMOBILIÈRE

La vente forcée des immeubles du débiteur poursuivie par un créancier est, nous l'avons indiqué, le type même des aliénations qui se rattachent à la règle faisant l'objet de ce chapitre. Son étude, au point de vue de la purge, donnera lieu à de nombreuses explications.

L'art. 717 C. P. civ. placé à la fin du titre XII (liv. VI) qui organise la procédure de saisie immobilière, s'exprime ainsi dans son septième alinéa : « *Le jugement d'adjudication* » *dûment transcrit purge toutes les hypothèques et les créan-* » *ciers n'ont plus d'action que sur le prix* »... Cette disposition est, on le voit, aussi formelle qu'il est possible, quant aux effets de l'expropriation forcée sur les droits des créanciers hypothécaires et privilégiés. Elle ne saurait donner lieu à aucune contestation sur le principe qu'elle consacre.

Avant de l'examiner en détail, nous devons remarquer qu'une semblable solution s'imposait, comme conséquence des diverses règles établies par le Code pour la procédure de saisie immobilière. Elle s'imposait surtout après l'organisation des formalités de l'art. 692 C. P. civ. Cet article exige en

effet, à peine de nullité (art. 715 du même code), que tous les créanciers hypothécaires soient appelés à participer à l'aliénation poursuivie contre le débiteur. Et cette mise en cause est la plus directe, la plus utile. Le législateur ne s'est point contenté en effet d'une première mesure, la transcription de la saisie ordonnée par l'art. 678, par laquelle les créanciers auraient pu avoir connaissance de la poursuite tendant à l'aliénation de l'immeuble sur lequel ils ont des droits. Il a voulu, avec raison, que tous les créanciers, inscrits ou dispensés d'inscription connus du poursuivant, fussent avisés de la saisie par une *notification individuelle* contenant aussi sommation de prendre communication du cahier des charges et de fournir leurs dires et observations (art. 692).

Grâce à une règle aussi absolue, il est *certain* que les créanciers seront, dès l'accomplissement de ces formalités, liés à la procédure de saisie, mis en demeure d'exercer leur droit sur le bien qui constitue leur gage. A partir de ce moment, leur présence sera continuelle; rien ne pourra se faire en dehors d'eux. Si quelque tentative de fraude se produit en vue de les frustrer, ils sont là pour la dénoncer, la déjouer, ou la faire réparer dans la mesure du possible. C'est en leur présence, chose essentielle avons-nous dit, que le prix d'adjudication de l'immeuble saisi sera fixé. Leur acceptation de ce prix représentant leur gage résultera de leur participation à la vente, soit qu'ils reconnaissent suffisantes, en ne surenchérissant pas, les enchères portées par autrui, soit qu'ils en portent eux-mêmes.

Aussi, par application des principes rappelés brièvement dans notre introduction, le prix représentant, aux yeux des créanciers, la valeur de l'immeuble, ceux-ci ne peuvent aucunement se plaindre de voir l'art. 717 proclamer l'anéantissement de leur droit de suite, déjà épuisé. « Il est inutile, dit

M. Garsonnet ([1]), résumant ces justifications de l'art. 717, « d'adresser de nouvelles notifications à des créanciers qui, » déjà avertis par la transcription de la saisie, par les affi- » ches, par les journaux et par les sommations que prescrit » l'art. 692, ont pu et dû surveiller la procédure, se substi- » tuer au poursuivant en cas de négligence de sa part, con- » tester la rédaction du cahier des charges, critiquer la mise » à prix, faire donner à l'adjudication une plus grande publi- » cité, enchérir eux-mêmes au besoin, ne rien négliger en un » mot pour que l'immeuble atteignît le plus haut prix pos- » sible »... « Il leur reste le droit de surenchérir du sixième » s'ils trouvent ce prix insuffisant et ils peuvent d'autant » mieux s'en contenter qu'un immeuble vendu avec une telle » publicité a très probablement atteint le plus haut prix » qu'on peut espérer ».

La purge est donc opérée de plein droit par l'adjudication sur expropriation forcée, sans qu'il soit besoin de recourir aux formalités des art. 2183 et s. C. civ. Nous croyons inutile de justifier davantage une telle disposition.

Mais il est intéressant d'indiquer ici les phases suivies par la législation avant d'en arriver aux notifications individuelles de l'art. 692, base de l'art. 717, al. 7.

A Rome, nous l'avons dit, la vente forcée opérait *ipso jure* la purge des hypothèques. Les textes que nous avons rapportés sont formels. Et cependant les créanciers n'avaient été avisés de la vente que par des affiches, *programmate admoniti*. Il ne l'avaient donc pas nécessairement connue. Les affiches pouvaient ne pas être vues en effet par ceux là précisément qui y avaient surtout intérêt. En s'adressant à tous,

([1]) IV, § 709, p. 266. — Cf. D., *Rép.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 2024, le passage de Flandin y relaté.

on risque fort de n'être entendu par personne. On ne pouvait dire par suite que les créanciers hypothécaires fussent liés à la procédure plus que la masse des citoyens. Les garanties que leur donnait la loi n'étaient donc pas suffisantes. L'intérêt public exigeait néanmoins que l'adjudication faite ainsi sous l'autorité du magistrat opérât la purge!

De même, dans notre ancien droit, le *décret forcé* qui rappelait ces *subhastationes* des Romains et produisait les mêmes effets sur les droits hypothécaires, était entouré d'une publicité aussi insuffisante pour les créanciers : les affiches ou encore, comme en Bretagne, les *bannies* ou publications faites aux portes des églises, le dimanche à la sortie de la messe [1].

Mais quelles autres mesures, pour avertir les créanciers, aurait-on pu édicter à cette époque? Les hypothèques étant occultes, on n'en connaissait pas les bénéficiaires. Il fallait, avant tout organiser la publicité de l'hypothèque. Alors seulement il serait possible d'aviser *en personne* les créanciers hypothécaires de la vente qui allait se réaliser. Alors seulement leur participation à cette vente serait certaine et leurs droits seraient complètement sauvegardés, en même temps que la libre circulation des biens pourrait prendre un plus grand essor.

Nous devons dire qu'une publicité relative existait, il est vrai, dans certaines provinces, dans les « *pays de nantissement* », notamment dans les ressorts des Parlements de Paris et des Flandres. Et le Parlement de Flandre déclarait en 1771, qu'il regardait « la publicité des hypothèques comme » le chef d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui et » la sûreté des propriétés, comme un droit fondamental dont

(1) V. notamment les articles 2, 3, 5 de l'édit du 3 sept. 1551.

» l'usage... avait établi autant de confiance que de facilité » dans les affaires » ([1]).

Se plaçant à un point de vue très général, Sully avait d'ailleurs aussi compris les avantages considérables qu'il y aurait à ce que personne « n'eût pu emprunter sans qu'il fût » déclaré quelles dettes peut avoir déjà l'emprunteur, à » quelles personnes, sur quels biens » ([2]).

Colbert, nous l'avons signalé plus haut, essaya par un édit, en 1673, de réaliser ce progrès « au moyen d'oppositions » enregistrées à un greffe spécial institué dans chaque bail- » liage ou sénéchaussée ». Mais, l'opposition des parlements rendit nécessaire la révocation de cet édit en 1674.

La première, la loi du 9 messidor an III (27 juin 1795) posa enfin comme règle fondamentale que « l'hypothèque » n'est acquise définitivement que par la formalité de l'ins- » cription » sur un registre à ce destiné dans chaque arrondissement (art. 19). Les art. 223 et suivants édictaient les règles essentielles pour assurer la plus large publicité des registres.

C'est aussi la même loi qui, grâce à cette première innovation, put ordonner une mise en cause plus directe des créanciers hypothécaires dans la procédure d'expropriation forcée. Elle ne se contenta point des modes de publicité jusque-là employés : affiches, insertions dans les journaux. Sans aller jusqu'à prescrire la sommation individuelle à chaque créancier, elle s'arrêta à un moyen terme qu'il est intéressant de signaler. D'après l'art. 123, le poursuivant était tenu « de notifier la poursuite au conservateur des

([1]) *Exposé des motifs de la loi relative aux priv. et hyp.*, par le conseiller d'Etat Treilhard (séance du 24 ventôse an XII), D., *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, *Tableau de la Législation*, p. 38.

([2]) *Mémoires*, liv. 24, cité par le tribun Grenier, D., *J. G.*, *ibid.*, p. 43.

» hypothèques et à cet effet de lui en communiquer toutes » les pièces, sous son récépissé ».

Ainsi averti, le conservateur représentait, pour ainsi dire, à la procédure d'expropriation, la masse des créanciers inscrits aux intérêts desquels il était chargé de veiller. Il assistait à l'adjudication et avait le droit de surenchérir. L'art. 145 plaçait entre ses mains le moyen le plus efficace de faire attribuer à l'immeuble sa valeur maxima : « Si, après l'extinc-
» tion de la dernière bougie sur laquelle aucune enchère
» n'est survenue, il paraît au conservateur des hypothèques
» que les biens ne sont point à leur vrai prix et qu'il y a
» insuffisance pour remplir les créanciers, il aura la faculté
» de requérir la mise de l'adjudication à vingt jours, à la
» charge par lui de n'en pouvoir user que sous la double
» condition : 1° d'en faire la demande sur le champ et sans
» désemparer ; 2° de porter la chose à un dixième en sus du
» prix résultant de la dernière enchère, auquel cas l'officier
» procédant à ladite vente sera tenu d'en prononcer la remise
» et la dernière enchère ne pourra attribuer à celui qui l'aura
» faite, la qualité d'adjudicataire définitif ».

Aussi l'art. 149 pouvait-il décider explicitement que l'adjudication définitive, la première si le conservateur n'avait pas usé de son droit, la deuxième, s'il en avait usé, purgeait l'immeuble et convertissait toutes revendications et oppositions « en indemnité sur le prix ». L'art. 159 était encore plus formel en ce qui concerne les créanciers hypothécaires du saisi.

On le voit, les mesures organisées par la loi du 9 messidor an III constituaient un immense progrès : il ne restait qu'un pas à faire pour en arriver aux notifications individuelles de l'art. 692. Malheureusement, cette loi ne fut pas appliquée ou, si elle le fut, la durée de son application est inapprécia-

ble [1]. D'ailleurs, il faut remarquer qu'elle ne sauvegardait pas suffisamment encore les droits des créanciers hypothécaires qui ont tout intérêt à exercer eux-mêmes individuellement, à leur gré, leur contrôle sur une aliénation ayant pour résultat de transformer leur gage. Le conservateur, représentant de tous, avait une bien grande responsabilité et peut-être, n'y étant pas lui-même aussi directement intéressé, ayant à sauvegarder des intérêts parfois contraires, il ne pouvait satisfaire chacun.

Quoi qu'il en soit, le principe fondamental de la publicité de l'hypothèque était enfin posé en termes absolus que se bornèrent à maintenir les lois du 11 brumaire an VII, puis le Code civil. Cela permit à la loi du 11 brumaire (loi sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées) (art. 6) [2] d'exiger, la première, en matière d'expropriation forcée, une notification des affiches et procès-verbaux aux créanciers inscrits, en leur domicile élu.

Nous arrivons ainsi aux dispositions bien nettes et définitives quant au principe, du code de procédure de 1807 dans l'art. 695 : « Un exemplaire du placard imprimé prescrit par » l'art. 684, sera notifié aux créanciers inscrits, aux domiciles » élus par leurs inscriptions, huit jours au moins avant la » publication de l'enchère »...

Les lois des 2 juin 1841 et 21 mai 1858 vinrent ensuite améliorer cette procédure, s'attachant à éviter, autant qu'il est possible, qu'un créancier, inscrit ou dispensé d'inscription, pût être omis lors des notifications (V. l'art. 692 C. pr. civ. modifié par ces lois).

Il resterait sans doute encore à organiser une publicité plus efficace des hypothèques légales. Mais on peut dire

[1] MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, Introd., p. XXIV.
[2] V. cette loi D., *J. G.*, *Vente publ. d'imm.*, *Tableau de la législation*, p. 550 s.

qu'actuellement les créanciers *ne peuvent ignorer* l'adjudication, alors qu'autrefois il était seulement possible d'affirmer qu'ils *avaient pu la connaître*.

Tout a été mis en œuvre pour qu'ils fussent parties à l'aliénation. Il était logique, pour les raisons d'ordre public et privé que nous avons indiquées plus haut, que le législateur les privât du droit de suite contre un adjudicataire qui avait enchéri sous leurs yeux, contre une adjudication qui leur donnait toutes garanties quant au prix qu'ils avaient pu eux-mêmes contribuer à fixer.

Ainsi se justifie dans la plus large mesure la disposition formelle de l'art. 717, al. 7 du code de procédure civile, modifié par la loi du 21 mai 1858 : « Le jugement d'adjudi- » cation dûment transcrit, purge toutes les hypothèques »...

Nous devons maintenant étudier l'étendue de cette disposition.

§ I. *A quels privilèges et hypothèques s'applique l'art 717 al. 7?*

En employant cette expression : « purge *toutes* les hypothèques », le législateur a voulu manifestement viser, de la manière la plus générale, les diverses sortes d'hypothèques, sans aucune exception.

Cependant la base même de la disposition qui nous occupe, l'idée maîtresse de l'art. 692 C. pr. civ. (participation des créanciers hypothécaires à la procédure de saisie) nous invite à faire une distinction entre les hypothèques inscrites, dispensées ou non d'inscription et les hypothèques non inscrites, c'est-à-dire entre les hypothèques connues du poursuivant et celles qui lui restent inconnues. Il est indispensable d'examiner, relativement à chacune de ces catégories, si l'expression employée dans l'art. 717, al. 7, par le législateur « purge

toutes les hypothèques », n'a pas dépassé sa pensée et si la règle qu'il a posée est aussi générale qu'il le semble au premier abord.

I. *Hypothèques inscrites.*

Parmi les hypothèques inscrites, nous n'avons pas à distinguer entre les hypothèques judiciaires, les hypothèques conventionnelles et les hypothèques légales dispensées d'inscription mais inscrites. L'art. 692 C. pr. civ. exige en effet qu'à tous ces créanciers indistinctement, que le poursuivant connaît par l'état hypothécaire, soient faites les sommations prescrites. Qu'importe la nature de leur hypothèque ; ils doivent être mis à même, sans exception aucune, de surveiller l'adjudication et d'exercer leurs droits.

Mais plusieurs questions peuvent se poser, si l'on considère l'époque de l'inscription.

Les hypothèques ont-elles été inscrites avant la transcription de la saisie? Aucun doute ne peut exister. Elles figuraient sur les registres du conservateur lorsque le poursuivant, peu de jours après cette transcription, a demandé l'état nécessaire pour remplir les formalités de l'art. 692 C. pr. civ. Si nous supposons que ces formalités ont été régulièrement accomplies, chaque créancier a reçu sa notification et, par suite, devenu partie à la procédure, a pu voir son droit de suite purgé, sans préjudice pour lui, par l'adjudication.

Ont elles été inscrites après l'accomplissement des formalités de l'art. 692 C. pr. civ. et avant le jugement d'adjudication? La question est plus délicate, semble-t-il. Aucun texte, dans les lois de la procédure de saisie, n'oblige le poursuivant, après qu'il a demandé au conservateur l'état des inscriptions, à se tenir au courant de celles qui peuvent se produire ultérieurement. Aucune formalité n'a été organisée pour mettre

en cause ces créanciers qui sont peut-être cependant bien dignes d'intérêt. Il semblerait à première vue équitable de maintenir tous leurs droits, notamment leur droit de surenchère du dixième, le prix ayant été fixé en dehors d'eux et par suite la base même qui justifie la disposition de l'art. 717 faisant défaut.

Mais une observation plus exacte des phases mêmes de la procédure va nous montrer que ces créanciers sont ou négligents ou avertis. La loi a très sagement en effet exigé (art. 678 C. pr. civ.) que la saisie soit transcrite au bureau des hypothèques. Cette transcription, qui doit être faite, au plus tard, dans le mois qui suit le procès-verbal de saisie, a pour but et pour effet inévitable de révéler les poursuites aux tiers. Ce n'est qu'après cette formalité (20 jours au plus tard : art. 690 C. pr. civ.) que le poursuivant pourra déposer au greffe le cahier des charges et enfin signifier aux créanciers et au saisi les notifications de ce dépôt (art. 691 et 692 C. pr. civ.).

Or, si, d'une part, les hypothèques des créanciers qui nous occupent remontent à une date antérieure à la transcription, pourquoi ne les ont-ils pas fait inscrire ? S'ils y ont apporté du retard, ils n'ont à s'en prendre qu'à eux-mêmes. Ils n'ignoraient pas que, pour rendre leurs hypothèques valables à l'égard des tiers, ils étaient tenus de remplir la formalité de l'inscription. Leur faute est certaine.

Si, d'autre part, leurs hypothèques ont été constituées postérieurement à la transcription, ils ont dû s'enquérir, avant de fournir toute prestation et d'accepter le gage à eux offert, de la situation hypothécaire de leur débiteur. C'est la prudence la plus élémentaire. Ils ont par suite *fatalement* connu la saisie grâce à l'état fourni par le conservateur, état qu'ils auront certainement demandé aussi complet pour les transcriptions que pour les inscriptions.

Et si l'on ajoute à ces arguments la considération de la grande publicité d'une adjudication sur saisie immobilière, en présence surtout de l'intérêt public qui exige la libération de l'immeuble adjugé, on voit combien c'est à juste titre qu'il est universellement admis par les auteurs et la jurisprudence, que l'art. 717 al. 7 C. pr. civ. s'applique aux hypothèques inscrites après les formalités de l'art. 692 mais avant l'adjudication ([1]).

Un autre cas est possible. On sait que seule la transcription du jugement d'adjudication, transcription obligatoire depuis la loi de 1855, arrête le cours des inscriptions, du chef du saisi sur l'immeuble adjugé. Or, il peut arriver que des créanciers inscrivent leurs hypothèques dans la période comprise entre le jugement d'adjudication et sa transcription. Et cette période dont la durée maxima atteint quarante-cinq jours (art. 750 C. pr. civ.) peut être assez longue. M. Garsonnet estime qu'une fois admise, la solution proposée pour l'hypothèse précédente, la même solution « s'impose ici par un argument *a fortiori* » ([2]).

C'est cependant, nous semble-t-il, une situation différente. Tout à l'heure les créanciers qui s'inscrivaient entre les sommations et l'adjudication étaient avertis de la vente avant qu'elle ne fût consommée. Par suite, ils pouvaient encore intervenir en temps opportun, au moment même de l'adjudication, tout au moins en surveiller la régularité et au

([1]) C'est ce que décide notamment la cour de Douai, dans son arrêt du 6 février 1855, D. P., 55. 2. 189. — V. dans le même sens MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2372, p. 595 ; Aubry et Rau, 4e éd., III, § 293 *bis*, p. 499 ; Dalmbert, n. 42, note 3, p. 50 ; Garsonnet, IV, § 710, p. 270 ; Dalloz, *J. G.*, *Suppl.*, v° *Priv. et hyp*, n. 1294. *Ibid.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n. 401 ; Boitard, *Leç. de proc.*, 10e édit., 1848, II, n. 969, p. 363-364 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, v° *Vente jud. d'imm.*, n. 533.

([2]) Garsonnet, *ibid.*

besoin surenchérir du sixième pour faire atteindre à l'immeuble sa valeur maxima.

Dans notre hypothèse actuelle, au contraire, l'adjudication est un fait accompli lorsque les créanciers inscrivent leurs hypothèques. Si le hasard fait qu'au moment de cette inscription le délai de huitaine accordé pour surenchérir du sixième ne soit pas écoulé, ils ont encore ce moyen de veiller à la conservation de leur droit. Mais si nous supposons, comme cela est plus probable, que ce délai si court soit expiré, ils sont obligés d'accepter le prix tel qu'il a été fixé en dehors d'eux. Leur hypothèque est mutilée : ils n'ont plus qu'un droit de préférence sur le prix.

Cet argument nous paraît devoir être pris en considération surtout lorsqu'il s'agit de créanciers hypothécaires, très intéressants, dont l'hypothèque est née, en vertu d'un jugement par exemple (et cette hypothèse est très possible) précisément dans la période qui nous occupe. On ne peut, à ceux-là, reprocher d'avoir été négligents en ne faisant pas inscrire leur hypothèque au moins avant l'adjudication. Nous supposons en effet qu'elle n'était pas encore née. Ces créanciers ont été peut-être victimes des lenteurs d'un procès intenté cependant depuis longtemps.

Néanmoins, l'art. 717 al. 7 est formel et ne fait aucune distinction : « purge *toutes* les hypothèques », dit-il. C'est en raison de l'intérêt de l'adjudicataire, de l'intérêt social et aussi en présumant que les enchères, grâce à leur publicité, ont fait atteindre à l'immeuble sa plus haute valeur, que le législateur n'a pas voulu faire exception pour le cas, assez rare somme toute, qui nous occupe.

Nous ne nous arrêterons pas à une autre hypothèse que signale M. Garsonnet [1]. Il s'agit du sort des hypothèques

[1] IV, § 710, p. 270.

inscrites avant les formalités de l'art. 692, mais sans élection de domicile par le créancier. Il est certain que ces hypothèques ne sauraient faire exception à la règle de l'art. 717. Si ces créanciers n'ont pas reçu de notification, c'est le résultat de leur négligence; leur domicile réel a pu ne pas être connu du poursuivant qui n'avait pas à le rechercher. C'est par leur faute qu'ils n'ont pas été liés à la procédure de saisie (1).

Arrivons immédiatement à un cas beaucoup plus intéressant à examiner et qui a donné lieu a plusieurs décisions judiciaires. Un créancier avait inscrit régulièrement son hypothèque sur l'immeuble saisi au moment où le poursuivant a requis du conservateur l'état des inscriptions et a fait les notifications de l'art. 692 C. pr. civ. Mais, par suite d'une erreur ou d'une négligence, ce créancier n'a pas reçu la notification individuelle qu'il devait recevoir. Il n'a pas été lié à la procédure qui a abouti au jugement d'adjudication auquel il est resté absolument étranger : est-il équitable que l'art. 717 déclare une telle hypothèque purgée par ce jugement ?

Nous devons, pour résoudre cette question, nous placer successivement à deux points de vue. Cette omission d'un créancier régulièrement inscrit peut être le résultat d'une erreur ou d'une négligence, soit du conservateur des hypothèques qui ne l'a pas fait figurer sur l'état par lui délivré au poursuivant, soit du poursuivant, de son avoué, ou de son huissier qui ont omis d'adresser une notification à un créancier dont le nom figurait cependant sur l'état.

1er Cas. — *Le créancier a été omis par le conservateur des hypothèques sur l'état délivré au poursuivant.* — Nous supposons, pour le moment, que les hypothèques omises sont

(1) Cf. D., *J. G., Suppl.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n. 400. — Boitard, *ibid.*, n. 969, p. 365.

de celles que le conservateur pouvait et devait connaître, nous réservant d'examiner ensuite, tant en ce qui concerne le conservateur que le poursuivant, le cas où leur ignorance de certaines hypothèques est en quelque sorte excusable.

L'art. 2198 C. civ. est absolument formel. Il déclare l'immeuble affranchi, dans les mains du nouveau possesseur, sauf la responsabilité du conservateur pour les hypothèques omises par lui. Il ne peut donc y avoir de doute. Cette solution est évidemment très dure pour des créanciers qui ont rendu leurs hypothèques publiques selon l'exigence de la loi et les ont régulièrement conservées. Mais le législateur a voulu, dans l'intérêt même de la société, donner toute sécurité à l'adjudicataire, dût-il sacrifier quelques intérêts particuliers.

C'est, on le voit, toujours le même argument tiré d'un intérêt social, qui fait décider dans un sens défavorable aux créanciers hypothécaires omis. Mais ici ces derniers ne devront pas se plaindre, car l'art. 2198 leur accorde, dans la mesure du préjudice qu'ils auront souffert par suite de l'omission dont ils ont été victimes, un recours contre le conservateur dont la responsabilité est engagée. Comme le dit fort bien M. J.-E. Labbé, « la déchéance du droit de suite » et le recours contre le conservateur en faute sont deux choses » qui se tiennent et se font contre-poids » (1).

En outre, il ne faut pas l'oublier, ils auront le droit « de » se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient tant » que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que » l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué » (art. 2198 *in fine*).

(1) Note Sirey, 89. 1. 49.

Les auteurs sont, d'ailleurs, unanimes à penser que la purge de l'art. 717 s'applique aux créanciers omis par le conservateur (¹). Nous avons seulement voulu montrer comment se justifie une telle disposition.

Quant à la jurisprudence, elle est aussi établie dans ce sens (²).

2° Cas. — *Le créancier figurait sur l'état délivré par le conservateur, mais le poursuivant et son avoué ont omis de lui faire la notification de l'art. 692 C. P. civ.* — La solution paraît devoir être différente.

En effet, si le législateur a décidé que le jugement d'adjudication purgeait toutes les hypothèques, c'est à la condition que les formalités substantielles de l'art. 692 aient été remplies. Le poursuivant est chargé par la loi de les remplir dans le but de dispenser l'adjudicataire de le faire plus tard. En ne signifiant pas une sommation à chacun des créanciers portés sur l'Etat délivré par le conservateur, le poursuivant commet une faute dont il serait parfaitement injuste de faire subir les conséquences au créancier omis. La faute ainsi commise doit retentir sur toute la procédure de saisie dont le poursuivant est le maître. L'hypothèque du créancier omis n'est pas purgée. Ce créancier qui avait fait « inscrire son » hypothèque, dit M. Boitard, n'a aucune recherche à faire » pour vérifier si l'immeuble est saisi ou aliéné ; il compte, » il doit compter sur son inscription pour recevoir, aux ter-

(¹) Colmet de Santerre, IX, n. 191 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2372, p. 595 ; Garsonnet, IV, § 671, p. 139 ; Boitard, *ibid.*, n. 969, p. 365 ; Dalmbert, n. 42, note 3, p. 50 ; n. 57, note 4, p. 68 ; D., *J. G., Supp.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n. 400.

(²) Nous nous bornerons à citer des arrêts dans lesquels notre solution est admise d'une manière tout particulièrement formelle. — Angers, 27 mars 1878, S., 78. 2. 185. — Civ. rej., 25 avril 1888, D., 89. 1. 102 ; S., 89. 1. 49. — Rouen, 30 mars 1895, D., 95. 2. 209. — Le même principe est reconnu incidemment dans un arrêt de la cour de cassation du 13 juill. 1898, D., 98. 1. 834.

» mes de la loi, la connaissance officielle d'une saisie qui » amènera la purge de son hypothèque. Il paraît difficile, » dans cette hypothèse, de décider que l'adjudication a purgé » cette hypothèque » ([1]).

Lorsque nous nous trouvions seulement en face d'une faute du conservateur, la procédure de saisie avait été régulière; la faute d'un tiers ne pouvait la vicier, elle devait aboutir à sa conclusion normale, c'est-à-dire à la purge. L'art. 2198 C. civ. était d'ailleurs formel à cet égard.

Ici, au contraire, la procédure est viciée en elle-même, et aucun texte ne nous autorise à décider, contre l'équité d'ailleurs, que la purge soit opérée. L'adjudicataire devra subir les conséquences de la faute du poursuivant. « Je crois, dit » M. Boitard (*loc. cit.*), que l'adjudicataire sera obligé de » prendre à son égard (du créancier omis) la voie de la purge » réglée par les art. 2181 et s. (C. civ.), sauf le recours de » l'adjudicataire contre le poursuivant dont la faute ou la » négligence ont occasionné ce résultat... il s'agit ici d'une » hypothèse exceptionnelle qui a échappé aux prévisions de » de la loi ».

Le créancier omis peut d'ailleurs demander l'annulation de la procédure que vicie son omission; il le peut en dehors des délais fixés par l'art. 728 C. P. civ., même après l'adjudication; son action en nullité contre une procédure de saisie qu'il ignorait légalement ne saurait être frappée d'une déchéance qui concerne évidemment ceux-là seuls qui sont en mesure, dans les délais fixés, de connaître les vices motivant l'annulation ([2]).

Il faut ajouter que, dans le cas précédent, le recours contre le conservateur était un recours autrement sérieux que celui

([1]) Boitard, *ibid.*, p. 365.
([2]) Cf. Garsonnet, IV, § 761, p. 427.

qu'aurait le créancier, dans l'hypothèse actuelle, contre le poursuivant.

La doctrine est fixée en ce sens ([1]), ainsi que la jurisprudence ([2]).

La cour de Rouen, dans son arrêt précité du 30 mars 1895, s'exprime ainsi : « Attendu... qu'il ressort de ces diverses » dispositions (art. 692, 717 C. P. civ.) que le double effet » que la loi attache au jugement d'adjudication et à la trans- » cription de ce jugement ne se produit qu'à la condition » que le vendeur de l'immeuble adjugé et les autres créan- » ciers inscrits sur cet immeuble aient reçu la sommation » prescrite par l'art. 692 ou que, tout au moins, dans le cas » contraire, le créancier poursuivant ait fait toutes les démar- » ches nécessaires pour arriver à les connaître et pour avoir » ainsi le moyen de leur signifier cette sommation..., que, » sans doute, la purge produit tous ses effets à l'égard du » créancier qui n'a pas reçu la notification ou la sommation » prescrite par la loi, lorsque l'omission de cette formalité » n'est pas imputable à l'acquéreur ou au créancier poursui- » vant et notamment lorsqu'elle est due à une faute du con- » servateur dans le cas prévu par l'art. 2198 C. civ.; qu'il en » est autrement, au contraire, lorsque la formalité a été » omise par suite d'une faute ou d'une négligence commise » par l'acquéreur ou par le créancier poursuivant... »

Cet arrêt statue sur une espèce dans laquelle le poursuivant n'avait pas fait toutes les démarches nécessaires ou utiles à l'effet de connaître tous les créanciers inscrits.

Il nous conduit ainsi à examiner une nouvelle hypothèse :

([1]) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2372, p. 570; Garsonnet, IV, § 710, p. 269; Dalmbert, n. 42, p. 50, note 2; D., *J. G., Suppl., Priv. et hyp.*, n. 1295, *ibid., Vente publ. d'imm.*, n. 400.

([2]) Douai, 6 fév. 1855, D., 55. 2. 189. — Cf. Amiens, 17 mai 1851, D., 54. 2. 60. — Cass. civ., 25 mai 1897, S., 98. 1. 321.— Cass. civ., 13 juil. 1898, D., 98. 1. 534.



Des omissions ont été commises soit par le conservateur, soit par le poursuivant, mais ces omissions, au lieu d'être, comme dans les hypothèses précédentes, le résultat d'une faute ou d'une négligence, sont, en quelque sorte, excusables, toutes recherches, pour les éviter, ayant été faites par chacun d'eux.

En pratique, ces omissions porteront sur des créanciers inscrits sur l'immeuble, non du chef du saisi, mais du chef de précédents propriétaires.

Cela doit arriver fatalement sous notre législation actuelle. En effet, les hypothèques, on le sait, sont inscrites, non pas au nom de l'immeuble, mais au nom du propriétaire de l'immeuble.

Or, c'est le créancier saisissant qui doit requérir du conservateur l'état des inscriptions : c'est lui, par suite, qui, dans sa demande, doit indiquer le nom du propriétaire. Lorsqu'il s'agit du propriétaire actuel, il n'y a pas de difficulté : il est nécessairement connu du saisissant dont il est le débiteur. Mais, pour des propriétaires antérieurs, il n'en est pas de même et le conservateur ne doit et ne peut fournir que l'état des inscriptions prises sur les propriétaires qui lui sont indiqués.

Le saisissant devra donc tout mettre en œuvre pour savoir quels étaient les précédents propriétaires et les indiquer au conservateur. Par les registres de transcription des aliénations, transcription obligatoire depuis la loi du 23 mars 1855, ou par son propre titre de créance, il en connaîtra une grande partie. « Mais, fait remarquer M. Albert Tissier (1), il » peut arriver que l'immeuble saisi ait été recueilli par le » débiteur dans une succession et qu'ainsi le registre des

(1) Sirey, note sous arrêt précité du 25 mai 1897, S., 98. 1. 321.

» transcriptions ne puisse indiquer les noms des précédents » propriétaires... Il peut arriver, d'autre part, que le pour- » suivant n'ait d'autre titre qu'un jugement. Il résultera de » la réunion de ces deux circonstances, laquelle n'a d'ail- » leurs rien d'exceptionnel, que, l'origine de propriété » n'étant pas connue, les créanciers inscrits sur l'immeu- » ble... resteront ignorés. » En résumé, lorsque la série des aliénations ne sera pas reproduite au registre des transcriptions, comme il est peu vraisemblable d'autre part que le saisi veuille bien à ce moment renseigner le saisissant, qui use à son égard de la plus extrême rigueur, ce dernier sera fort embarrassé et ne pourra que très difficilement arriver à connaître ceux des précédents propriétaires que nous supposons n'avoir pas purgé ou avoir consenti eux-mêmes sur l'immeuble des hypothèques que seule la connaissance de leur nom pourrait révéler.

Jusqu'où devront aller les recherches du créancier saisissant? A quel moment sa responsabilité sera-t-elle à couvert? C'est là une question de fait. Il est certain qu'il devra tenir compte des énonciations de son propre titre et reproduire dans sa réquisition toutes les mentions d'aliénations ou d'anciens propriétaires que ce titre peut contenir. Mais doit-il se livrer à ce que M. Dupuich [1] appelle « des recherches extrinsèques » ou doit-il se borner « aux renseignements qui découlent de la seule source légale à lui ouverte, le registre des » hypothèques »? L'arrêt susvisé de la cour de Rouen exigeait que le saisissant fît des recherches au cadastre, après s'être fait délivrer un extrait de la matrice du rôle de la contribution foncière. La cour de cassation, chambre civile, dans son arrêt précité du 25 mai 1897 [2], a estimé que la cour de Rouen

[1] Note sous arrêt, Rouen, 30 mars 1895, précité, D., 95. 2. 209.
[2] S., 98. 1. 321. D., 97. 1. 577.

allait beaucoup trop loin dans cette voie. Elle semble avoir admis que le saisissant est à l'abri de toute responsabilité et se trouve avoir rempli régulièrement les formalités de l'art. 692, lorsqu'il a adressé des sommations aux créanciers ou anciens propriétaires mentionnés sur son titre de créance, sur l'état délivré par le conservateur, et enfin sur l'extrait du rôle de la contribution foncière. En dehors de l'un de ces trois actes, que le saisissant est tenu, aux termes de la loi, d'avoir en main, il serait exagéré de lui imposer d'autres recherches. Cette manière de voir paraît être conforme, au surplus, à la pensée du législateur qui est nettement exprimée par les termes de l'art. 692-2° C. P. civ. relativement aux hypothèques légales en particulier. La jurisprudence de la cour de cassation répond aux exigences de la pratique, car autrement où s'arrêtera-t-on si l'on exige à l'infini du saisissant des recherches longues et minutieuses [1]?

Concluons donc que le créancier saisissant aura rempli toutes ses obligations lorsqu'il aura fait les sommations exigées par l'art. 692 à tous les créanciers qu'il a pu connaître par son titre, l'état hypothécaire et l'extrait du rôle de la contribution foncière.

Quant au conservateur, il doit s'en tenir aux réquisitions du poursuivant. Il ne saurait être obligé de les compléter par ses connaissances personnelles. C'est ce que la cour de cassation a décidé, avec raison, par son arrêt du 26 avril 1882 [2].

Dans tous les cas où, par suite de l'impossibilité matérielle que nous venons de constater, le poursuivant aura omis de faire à certains créanciers les sommations de l'art. 692, ces créanciers seront néanmoins déchus de leur hypothèque. L'intérêt social l'exige, l'art. 717 le proclame par la généra-

(1) *Contra*, Note précitée de M. Tissier.

(2) D., 82. 1. 331.

lité de ses termes auxquels on ne peut ici opposer une irrégularité ou nullité de la procédure comme nous l'avions fait dans l'espèce précédente ([1]).

Nous devons cependant examiner une objection que prévoit M. Garsonnet : « *Primus* a hypothéqué à *Secundus* puis vendu » à *Tertius* et cette vente n'a pas été transcrite, l'immeuble » est saisi sur *Tertius* et adjugé » ; l'adjudication purge-t-elle l'hypothèque de *Secundus*? Non, dira-t-on, car pour être dessaisi à l'égard des tiers, aux termes de la loi du 23 mars 1855, *Primus* devait faire transcrire l'aliénation qu'il a consentie à *Tertius*. Jusque-là il est resté propriétaire à l'égard de *Secundus*, son créancier hypothécaire, qui est un tiers. Nous supposons bien que l'adjudicataire au résultat de la saisie pratiquée sur *Tertius* a fait transcrire son jugement d'adjudication, mais s'il n'a pas fait en même temps transcrire la vente de *Primus* à *Tertius*, c'est toujours *Primus* qui est propriétaire aux yeux de *Secundus*. Par suite, « la saisie faite sur » *Tertius* est non avenue quant à *Secundus* » et l'hypothèque de ce dernier ne peut recevoir de l'adjudication aucune atteinte.

Telle est l'objection qui puise, on le voit, toute sa force dans l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 : « *Jusqu'à la trans-* » *cription,* les droits résultant des actes et jugements énon- » cés aux articles précédents (tous actes d'aliénation) *ne peu-* » *vent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'im-* » *meuble* et qui les ont conservés en se conformant aux lois. »

Nous devons reconnaître que la transcription du jugement d'adjudication seul ne peut produire d'effet à l'égard des ayants cause de *Primus;* elle ne rend l'adjudication opposable qu'à *Tertius* et à ses ayants cause. *Primus*, dont *Secun-*

([1]) Garsonnet, IV, § 710, p. 269, D., *J. G.*, *Supp.*, v° *Vente publ. d'immeubles*, n. 178; Rousseau et Laisney, *Dict. de Procéd.*, v° *Vente jud. d'imm.*, n. 531.

dus tient ses droits, est en effet absolument étranger à une telle aliénation. Il semble par suite que cette aliénation ne saurait, en aucune façon, préjudicier à *Secundus* (1).

Nous croyons cependant, avec M. Garsonnet, que cette adjudication transcrite purge l'hypothèque de *Secundus*.

Et tout d'abord si, par hasard, ce dernier a été connu du créancier poursuivant, si par suite il a été, par la notification de l'art. 692 C. pr. civ., mis en demeure de veiller à la régularité de la procédure et à la conservation de ses droits, il ne saurait y avoir de difficulté. Nous savons en effet que la purge édictée par l'art. 717 C. pr. civ. se justifie uniquement par la participation des créanciers à l'aliénation. Qu'importe que ces créanciers tiennent leurs droits d'un précédent propriétaire ? Il suffit qu'ils aient appris la vente en temps opportun. Pourvu que leur gage soit vendu sous leurs yeux, sous leur contrôle, ils n'ont pas à se plaindre. *Secundus* a peut-être ignoré la transmission de propriété faite par *Primus* à *Tertius*. Encore une fois, qu'importe, si la sommation de l'art. 692 lui a fait connaître en même temps que cette transmission, tout ce qu'il lui était utile de savoir !

Mais en pratique, la plupart du temps, *Secundus* sera inconnu du créancier poursuivant, et celui-ci épuisera tous les modes de recherches sans arriver à un résultat, la vente consentie par *Primus* à *Tertius* ne figurant pas par hypothèse au registre des transcriptions. Doit-on admettre que ce malheureux créancier, régulièrement inscrit sur l'immeuble de *Primus*, ignorant par la faute de *Primus* que son gage est passé aux mains de *Tertius*, verra son hypothèque purgée par une adjudication qui lui est absolument étrangère ?

Malgré tout l'intérêt qu'inspire *Secundus*, nous pensons

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2077, p. 323.

que son droit de suite est éteint par la transcription du seul jugement d'adjudication. Cette solution nous paraît être imposée par la généralité des termes de l'art. 717 al. 7 C. pr. civ. qui ne fait pas la moindre exception pour les créanciers tenant leurs droits de précédents propriétaires qui n'ont pas transcrit leurs actes d'aliénation. Elle nous paraît justifiée d'ailleurs par cette considération que la publicité de la saisie est suffisante pour apprendre à *Secundus*, en même temps que la saisie, l'aliénation non transcrite qui l'avait précédée et surtout pour porter à son juste prix l'immeuble adjugé. Au surplus, la solution que nous avons proposée pour l'hypothèse où le poursuivant, malgré toutes ses recherches, n'avait pu matériellement arriver à connaître les noms des précédents propriétaires et, par suite, de leurs créanciers, s'applique dans notre espèce. Ajoutons que, dans beaucoup de cas, en pratique, *Secundus* pourra se reprocher une certaine négligence. S'il était vigilant, il pouvait s'apercevoir du changement de possesseur de son gage.

L'intérêt de l'adjudicataire nous semble donc encore une fois devoir l'emporter sur l'intérêt du créancier omis dans ces conditions. Le cas sera d'ailleurs vraisemblablement assez rare, *Tertius*, l'acquéreur des biens de *Primus*, ayant trop d'intérêt à faire transcrire son acte pour le négliger.

Si le droit de suite de *Secundus* est purgé, son droit de préférence est d'ailleurs conservé. S'il apprend l'adjudication assez tôt pour produire à l'ordre et faire valoir ses droits sur un prix qui représente aussi exactement que possible, selon toutes probabilités, la valeur de son gage, il n'a pas à se plaindre.

Mais s'il n'apprend l'adjudication qu'après la clôture définitive de l'ordre, quels seront ses droits ?

Cette question est délicate. Elle intéresse aussi bien le

créancier omis dans notre hypothèse actuelle que le créancier omis dans les hypothèses précédentes. Elle a même été soulevée dans le cas où l'omission est imputable au conservateur des hypothèques. Examinons-la brièvement.

Le créancier omis aura-t-il une action contre l'adjudicataire ? Certainement non, à notre avis. L'adjudicataire, en effet, soit en consignant valablement, soit en payant les bordereaux entre les mains des créanciers qui en étaient porteurs, n'a commis ni faute ni négligence : il s'est définitivement libéré (1).

S'il y a faute du conservateur, l'art. 2198 C. civ. décide formellement que le recours contre le conservateur est le seul qui puisse appartenir au créancier omis par suite de cette faute (2).

Si l'omission est imputable au poursuivant, le créancier omis a contre lui l'action de l'art. 1382 C. civ. et aussi, croyons-nous, l'action dont nous allons parler.

Lorsque l'omission n'est imputable à personne, comme dans l'hypothèse examinée en dernier lieu, il nous paraît juste d'accorder au créancier omis, dans le cas où, s'il n'eût pas été omis, il aurait été colloqué en rang utile, une action contre les créanciers colloqués à son préjudice, ou, pour éviter un circuit inutile d'actions, contre le dernier créancier colloqué. Cette action est une véritable répétition de l'indû, prescriptible par trente ans. Pour justifier une telle solution, nous ne saurions mieux faire que de citer les motifs d'un jugement du tribunal de Nice, en date du 12 juin 1872 confirmé par arrêt de la cour d'Aix le 21 juillet 1874 (3) :

(1) Cf. Garsonnet, IV, § 788, p. 520. — D., *J. G.*, v° *Ordre*, n. 282-453. — Sirey, note de M. Tissier, précitée.

(2) Angers, 27 mars 1878, D., 78. 2. 164, S., 78. 2. 185. — D., *J. G.*, v° *Ordre*, n. 282.

(3) D., 76. 2. 10, S., 77. 2. 235.

« Attendu... que n'ayant pas été sommé de produire à l'or-
» dre, l'hôpital (créancier omis) est en droit de répéter des
» derniers créanciers les sommes par eux touchées jusqu'à la
» concurrence de sa créance en principal et accessoires; —
» qu'en effet le droit d'être payé sur le prix de l'adjudication
» était soumis, pour les créanciers en général et notamment
» pour les derniers, à la condition d'avoir une hypothèque
» antérieure à l'hôpital qui leur eût donné un rang utile; —
» que l'hypothèque de l'hôpital primait celle de tous les
» créanciers colloqués; — que, dans ces conditions, le droit
» de répétition exercé par l'hôpital est sanctionné par la doc-
» trine et la jurisprudence, et basé sur le principe de justice
» et d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir au détri-
» ment d'autrui »... Ajoutons que les créanciers tenus à restitution ont pu prévoir, au moment où ils sont devenus créanciers, la collocation qui les prime. A ce moment là, en effet, ils pouvaient aisément obtenir de celui qui devenait leur débiteur tous les renseignements utiles, notamment sur les précédents propriétaires et les créanciers de ces derniers. S'ils n'ont pas fait ces recherches avant d'accepter le gage offert, ils ont manqué de prudence.

M. Garsonnet semble admettre cette solution (1). La jurisprudence est presque unanime dans ce sens; la cour de cassation, à plusieurs reprises, a décidé que les créanciers colloqués par suite de l'omission de celui qui leur était préférable étaient soumis au recours de ce dernier (2).

Ce moyen accordé au créancier omis de faire valoir son

(1) Garsonnet, IV, § 788 β et γ, p. 519-520. — Cf. Rousseau et Laisney, v° *Ordre*, n. 441, D., *J. G., Ordre*, n. 452.

(2) Cass. rej., 9 nov. 1812, D., *J. G., Ordre*, n. 72. — Cass., 18 janv. 1853, S., 53. 1. 6. — Toulouse, 15 déc. 1871, S., 72. 2. 100. — Aix, 21 juill. 1874, précité. — V. autorités citées note de M. Tissier susvisée, S., 98. 1. 321.

droit de préférence même après la clôture de l'ordre remédie dans une large mesure aux conséquences de son omission.

Aussi ne doit-on éprouver aucun scrupule à décider que l'art. 717 al. 7 C. pr. civ., au point de vue de la purge de l'immeuble adjugé, s'applique même au créancier omis par suite d'un défaut de transcription d'un acte d'aliénation.

Combien serait-il préférable toutefois que le législateur soumît absolument à la transcription toutes les mutations de propriété, aussi bien les mutations à cause de mort que les actes entre vifs! Cela donnerait le moyen « de reconstituer, » en consultant les registres des conservateurs des hypothè- » ques, la généalogie de la propriété des immeubles et d'éta- » blir la liste exacte et complète des propriétaires qui se sont » succédé » (¹). De la sorte, les états hypothécaires délivrés par les conservateurs seraient complets et les regrettables omissions dont nous venons d'examiner les conséquences ne se produiraient plus.

Le législateur devrait enfin organiser un mode d'inscription sur les immeubles eux-mêmes et non sur les propriétaires de ces immeubles. Il suffirait alors de désigner de manière précise l'immeuble saisi pour que le conservateur pût délivrer un état strictement complet des hypothèques qui le grèvent.

Pour le moment, et malgré les inconvénients signalés, il est certain, à nos yeux, que l'art. 717 al. 7 vise toutes les hypothèques inscrites, tant au nom des anciens propriétaires qu'au nom du saisi. — La purge est opérée par l'adjudication dûment transcrite, chaque fois que le poursuivant aura régulièrement accompli les formalités prescrites, à peine de nullité, par l'art. 692.

L'étude à laquelle nous venons de nous livrer sur les

(¹) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1re édit., *Introduction*, p. 63. — Cf. note précitée de M. Tissier.



hypothèques inscrites mais inconnues nous conduit naturellement à parler de l'application de l'art. 717 al. 7 aux hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites.

II. *Hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites.*

Nous devons nous occuper ici bien entendu seulement des hypothèques qui ne sont pas inscrites comme étant dispensées d'inscription. Toutes celles qui sans en être dispensées ne seraient pas inscrites n'ont en effet aucune valeur et la question de savoir si, à l'égard de l'adjudicataire, elles seraient purgées, ne se pose même pas.

La loi (art. 2135 C. civ.) dispense d'inscription ou plutôt rend leur existence indépendante de toute inscription, l'hypothèque légale de la femme mariée sur les biens de son mari, et l'hypothèque légale des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs. Cette faveur accordée à des incapables est tout exceptionnelle et, dans notre régime hypothécaire dont la règle primordiale est la publicité, ces deux sortes d'hypothèques sont les seules qui soient occultes. Certes les mineurs, les interdits, les femmes mariées, soit à raison de leur âge, de leur état mental, soit à raison de l'état de subordination dans lequel ils se trouvent, sont dignes d'attirer l'attention bienveillante du législateur. Il n'en est pas moins vrai qu'il résulte de gros inconvénients de cette dispense d'inscription, notamment en ce qui concerne l'application de la disposition de l'art. 717 C. pr. civ. Il serait peut-être possible d'y remédier en organisant pour ces hypothèques un mode d'inscription qui, tout en sauvegardant les droits des incapables, rendrait nécessairement publiques leurs hypothèques.

Mais nous devons examiner comment l'art. 717 s'applique à ces hypothèques.

Il est certain que cet article vise, comme celles inscrites, les hypothèques légales non inscrites, lorsqu'il les déclare toutes purgées par le jugement d'adjudication dûment transcrit. Cela ne fait plus la moindre difficulté depuis la loi du 21 mai 1858, qui a modifié les anciennes dispositions du code de procédure et s'il ne s'élève plus à cet égard aujourd'hui la moindre contestation, il n'en était pas de même avant la loi de 1858, sous l'empire du code de 1806, ou de la loi du 2 juin 1841. La controverse la plus vive n'a cessé d'exister sur ce point aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence. Il est intéressant d'indiquer les arguments des deux systèmes contraires : une conviction beaucoup plus ferme en faveur de la législation actuelle se dégage de cet examen. En outre, une fois de plus, on y trouve la confirmation de cette règle que le jugement d'adjudication sur saisie purge les hypothèques qui grevaient l'immeuble, uniquement parceque la procédure de saisie comprend des formalités qui, sous peine de double emploi, rendent inutiles celles de la purge.

Indiquons tout d'abord les textes de loi relatifs à notre question, en vigueur avant la loi du 2 juin 1841. L'art. 695 C. P. civ. parlait uniquement de notifications aux créanciers inscrits, au domicile élu par leurs inscriptions. Aucune disposition ne visait les hypothèques légales dispensées d'inscription et l'art. 717 n'édictait pas la purge comme il l'édicte actuellement. On comprend dès lors quelles discussions devait soulever cette intéressante question.

Dans le premier des deux systèmes en présence, et c'est celui qui, jusqu'en 1833, réunit le plus d'adhérents aussi bien parmi les jurisconsultes que dans les cours et tribunaux, il était décidé que le jugement d'adjudication sur expropriation forcée purgeait l'immeuble des droits hypothécaires de la

femme mariée et du mineur, bien que ces droits ne fussent pas inscrits.

Cette théorie s'appuyait sur notre ancien droit et sur certaines inductions tirées du code civil ou du code de procédure.

Dans notre ancienne jurisprudence tout d'abord, la purge de tous les droits hypothécaires indistinctement était un effet de la vente forcée. Seuls les droits seigneuriaux étaient conservés; tous autres droits réels étaient anéantis par le « *décret forcé* », « quand même, disait Pothier, ces droits » auraient appartenu à des mineurs, même dans le cas d'in- » solvabilité de leurs tuteurs, même dans le cas où ils auraient » été absolument destitués de tuteurs, car la foi publique, » *fiscalis hastæ fides,* doit l'emporter sur la faveur de ces per- » sonnes » (1). Et c'est, nous le savons, cette purge absolue opérée par le décret forcé qui donna l'idée, pour les ventes de gré à gré, de recourir au décret volontaire.

Or, l'édit de 1771, dont le but était d'organiser uniquement un mode de purge pour remplacer le décret volontaire qui avait entraîné des abus, laissa « subsister le décret forcé » avec tous ses effets originaires », dont le principal était la purge de toutes hypothèques (2).

Donc, sous l'ancien régime, en matière d'expropriation forcée, les mineurs et les femmes mariées n'étaient pas plus favorisés que les autres créanciers. La publicité générale faite autour de la vente en justice avait paru suffisante pour eux comme pour tous.

La loi du 11 brumaire an VII, art. 21, soumettait les hypothèques légales à la formalité de l'inscription. Par suite, les mineurs et les femmes mariées devaient recevoir, comme tous les autres créanciers inscrits, les notifications de la

(1) *Exposé des motifs de la loi de 1858,* D., 58. 4. 45, 2e col.

(2) Troplong, *Des priv. et hyp.*, IV, n. 996, p. 333.

saisie ordonnées par l'art. 6 de la deuxième loi précitée du 11 brumaire an VII. Donc, à leur égard, aucune exception ne pouvait être faite, en ce qui concerne la purge opérée par l'adjudication.

Il est ainsi certain qu'avant la promulgation du code civil et du code de procédure, les hypothèques légales étaient purgées par l'expropriation forcée. Le législateur de 1804 et de 1806 avait-il dérogé à cette règle ancienne? Avec les partisans du système dont nous exposons les arguments, nous ne le croyons pas.

Les hypothèques légales ne furent plus soumises à l'inscription, et cette considération confirme la pensée que les rédacteurs du code ont voulu maintenir en ce qui les concerne les règles de l'ancien droit. Il est vrai que le code civil, dans ses chapitres VIII et IX du titre XVIII, organise les formalités que devra remplir l'acquéreur pour purger l'immeuble acquis. Mais il est impossible de soutenir que cette procédure soit applicable à l'adjudicataire sur expropriation forcée. En effet, « lorsque le législateur, dit M. Troplong [1], » a organisé les formalités destinées à opérer l'élimination » de l'hypothèque, il a divisé la matière en deux chapitres » (les chap. VIII et IX), qui marchent parallèlement au » même but et sont destinés à produire les mêmes effets. Ce » que le chap. VIII fait pour les hypothèques soumises à » inscription, le chap. IX le fait, de son côté, pour les hypo- » thèques qui en sont dispensées. Or, je ne crois pas qu'il y » ait aujourd'hui personne qui veuille soutenir qu'un adjudi- » cataire sur saisie réelle soit obligé de se conformer, pour » affranchir l'immeuble acheté, aux conditions prescrites par » le chap. VIII; on reconnaît généralement que les art. 2181

[1] *Ibid.*, p. 336.

» et suiv. ne concernent que l'élimination des hypothèques » posées sur des biens vendus volontairement... C'est que » les formalités du purgement feraient double emploi avec » celles de la saisie qui ont suffi pour mettre en éveil les » créanciers inscrits ou non inscrits... Eh bien! si le » chap. VIII est étranger aux expropriations forcées, n'est-il » pas impossible d'y appliquer le chap. IX, qui est le produit » de la même pensée, et qui poursuit, au profit d'autres » personnes, le même résultat? Où trouver une raison, un » texte, un mot même qui démontre que le chap. IX a plus » d'extension que le chap. VIII? Où trouver tout cela, en » présence du langage qu'a tenu le législateur et de la filia- » tion du chap. IX, si visiblement empreint des traces d'une » origine qui remonte à l'édit de 1771? »

Cette manière de voir est confirmée, s'il en est besoin, par ce fait évidemment intentionnel que dans les chap. VIII et IX, il n'est jamais question que de l'*acquéreur* et non de l'*adjudicataire*. Ainsi pour ne prendre que le chap. IX, le seul qui nous intéresse en ce moment, l'art. 2193 parle d'un *acquéreur*, l'art. 2194 d'un *contrat*, l'art. 2195 encore d'un *acquéreur*. C'est l'indice certain que le législateur pensait uniquement aux aliénations volontaires, sachant que les ventes forcées étaient régies par d'autres règles, celles de l'ancien droit qu'il voulait maintenir.

Concluons-en que le code civil et le code de procédure n'ont pas apporté de dérogation à ce vieux principe. Comme le dit encore M. Troplong, que nous ne saurions résister au plaisir de citer, « il y a dans le droit des idées qui se perpé- » tuent malgré les changements les plus profonds, et qui, » érigées en principe par l'usage et par la tradition, ont la » même force qui si elles étaient formulées en loi. De ce » nombre est la règle que l'expropriation purge les hypo-

» thèques... Elle domine toute la jurisprudence, et le législateur l'a toujours eu présente à la pensée, comme une de » ces vérités si généralement admises qu'il est inutile de les » promulguer ». Cette règle a été conservée dans toute son étendue, notamment en ce qui concerne les hypothèques légales. Une dérogation n'aurait pu être qu'explicite.

Mais, à côté de ces arguments surtout historiques, le système que nous exposons en invoquait un autre tiré du code de procédure civile. Les anciens art. 749 et 750 C. P. civ. décidaient qu'à la suite d'une adjudication sur saisie immobilière, l'ordre serait ouvert trente jours après la signification du jugement d'adjudication. N'était ce pas indiquer qu'il ne pouvait y avoir place aux formalités de la purge ordinaire des hypothèques légales (art. 2194 C. civ.), formalités qui nécessitent un délai de deux mois? L'ancien art. 775 C. P. civ. au contraire qui visait les aliénations volontaires, déclarait qu'à la différence de ce qui se passe en matière de saisie réelle, l'ordre ne pourrait être ouvert qu'un mois après l'expiration des délais des art. 2194, 2195 C. civ. De telles dispositions seraient inexplicables si le législateur avait voulu que, dans les deux cas, vente forcée et vente volontaire, les formalités des art. 2194, 2195 fussent remplies [1].

Ces divers arguments, ce dernier surtout peut-être, devaient en effet sembler décisifs. Aussi ne faut-il point s'étonner de constater que la majorité des auteurs et des cours s'était rangée à ce système. Nous pourrions signaler dans ce sens des arrêts fort nombreux. Qu'il nous suffise de renvoyer au Répertoire de Dalloz (v° *Privilèges et hypothèques*, n. 2200) qui en donne une longue nomenclature. Citons néanmoins, quelques motifs caractéristiques de l'arrêt de la cour de cas-

[1] Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2373, p. 596; Dalmbert, n. 41 *bis*, p. 48.

sation du 27 novembre 1811 (1). « Attendu que l'art. 695 » C. P. civ. ne prescrit la notification du placard imprimé » qu'aux créanciers inscrits aux domiciles élus par leurs » inscriptions; que l'hypothèque légale de la femme Lefebvre » n'avait pas reçu cette formalité; que les art. 2193, 2194 » et s. du code civil et l'avis du conseil d'Etat, approuvé le » 15 juin 1807, ne sont applicables qu'aux ventes volontai- » res; que les formalités qu'ils prescrivent pour purger les » hypothèques légales existantes sur un immeuble vendu » volontairement sont remplacées, dans le cas d'une expro- » priation forcée, par d'autres formalités dont l'exécution » donne aux poursuites la publicité nécessaire pour éveiller » l'attention des créanciers qui ont une hypothèque légale » indépendante de toute inscription ».

Un autre arrêt de la cour de cassation, en date du 21 novembre 1821 est conçu à peu près dans les mêmes termes (2), s'appropriant tous les arguments que nous venons de rappeler.

Tel était ce premier système, basé, on le voit, sur d'excellentes raisons. Il comportait néanmoins des inconvénients que l'exposé de l'opinion contraire va nous permettre d'indiquer très brièvement.

Ce système contraire fut adopté en 1833 par la cour de cassation qui lui donna l'appui de sa grande autorité encore accrue par la renonciation à toute sa jurisprudence antérieure qu'elle affirmait ainsi solennellement.

Le procureur général Dupin, dans ses conclusions devant la cour suprême, lors des débats, fit un tableau magistral des arguments qui militaient en faveur de ce revirement. Nous résumerons son exposé.

(1) S., 11. 1. 429.
(2) D., *J. G.*, vo *Priv. et hyp*, n. 2200.

L'hypothèque légale existe indépendamment de toute inscription : seul un moyen légal, expressément édicté par le code, peut l'éteindre. Or, parmi les causes d'extinction énumérées à l'art. 2180 C. civ., ne figure pas la vente sur expropriation forcée. Et aucun autre article du code civil ou du code de procédure ne mentionne ce cas.

Quant à l'argument du système opposé tiré de l'expression « *contrat* » employée par l'art. 2194 C. civ., c'est, dit M. Dupin, « une vaine dispute de mots ». On peut considérer l'adjudication comme un contrat, « *in judiciis quasi contrahimus* ». Les conditions du cahier des charges déposé au cours de la procédure de saisie constituent la pollicitation, et l'acceptation réside dans le consentement de l'enchérisseur à l'exécution de ces conditions, c'est-à-dire dans l'adjudication elle-même. « Le juge n'est en quelque sorte que le notaire de ce contrat ».

En outre, aucun article de l'ancien code de procédure civile ne prescrivant de notification pour remplacer, à l'égard des créanciers à hypothèques légales non inscrites, les formalités édictées par l'art. 2194 C. civ. en matière de ventes volontaires, M. Dupin en concluait que c'était là une lacune dénotant les intentions du législateur. Le législateur pouvait seul la combler en appelant par un moyen quelconque à la saisie les femmes et les mineurs non inscrits ; mais en attendant cette réforme, il n'appartenait pas au juge de déclarer purgés par l'adjudication les droits de ces créanciers fort intéressants. « Aucune forme de l'expropriation n'équivaut à cette inter-
» pellation (directe et personnelle), et la preuve que cette
» solennité, cette notoriété publique ne suffit pas, c'est que
» le code de procédure veut que des notifications personnelles
» soient faites à chaque créancier ordinaire inscrit, avant
» l'adjudication, d'après l'art. 695 C. pr. civ. (ancien) et

» après pour produire à l'ordre (art. 753). Ainsi les créanciers » ordinaires seraient avertis *individuellement*, avant et après » l'adjudication et les femmes et les mineurs ne le seraient à » aucune époque. Le code de procédure appellerait leurs adver- » saires, ceux qui sont intéressés à les éloigner de l'ordre et » les incapables ne seraient pas appelés! Et cependant ils » seraient déchus faute de se présenter! [1] »

C'était bien là l'argument capital de la thèse du procureur général Dupin, argument qui ne saurait laisser de nous impressionner vivement, car il s'appuyait sur une lacune incompréhensible de la loi ancienne.

Quant à l'art. 750 C. pr. civ. invoqué par le premier système, s'il décide qu'en cas d'expropriation forcée l'ordre pourra être provoqué sans observer les délais de l'art. 2194, il ne décide nullement que les hypothèques légales non inscrites soient purgées.

Que l'on n'invoque pas davantage l'ancien droit, auquel il n'aurait pas été dérogé. Car il y a été dérogé par l'art. 695 du code de procédure de 1806 qui exige des notifications *personnelles* aux créanciers inscrits.

En présence de ces arguments fort sérieux, la cour de cassation, chambres réunies, revint le 22 juin 1833 sur sa jurisprudence. Cet arrêt solennel rejetait un pourvoi formé contre un arrêt rendu par la cour de Lyon qui, elle aussi, estimait que « dans le silence et l'ambiguité des lois, il im- » porte de fortifier par la jurisprudence le système qui con- » serve les droits des femmes et des mineurs plutôt que » d'admettre légèrement des déchéances qu'elles ne pronon- » cent pas... » Il est intéressant de citer certains motifs invoqués par la cour suprême : « Attendu que le code civil pose

[1] Conclusions du proc. gén. — Cass., ch. réun., rej., 22 juin 1833, S., 33. 1. 449.

» les principes relatifs à l'établissement, à la conservation et » à l'extinction des hypothèques, tandis que le code de pro- » cédure ne règle que l'exercice de ce droit ; — Attendu » d'ailleurs que le code de procédure garde le silence sur les » hypothèques légales et qu'il les laisse ainsi, même pour » l'exercice de ce droit, sous l'autorité des dispositions du » code civil et que c'est, dès lors, uniquement dans ce der- » nier code qu'il faut puiser les motifs de décision ; — Attendu » que, d'après l'art. 2135 C. civ., l'hypothèque légale du mi- » neur existe indépendamment de toute inscription ; que le » code ne pose d'autre limite à cette dispense d'inscrire cette » hypothèque légale que celle qui se trouve dans les art. » 2193 et 2194 du même code qui déterminent les formalités » que l'acquéreur d'un immeuble, appartenant à un mari ou » à un tuteur, est tenu de remplir, s'il veut purger les hypo- » thèques dont cet immeuble peut être grevé ; Attendu que la » loi ne fait aucune distinction à cet égard entre les ventes » volontaires et les ventes par expropriation forcée ; — » Attendu que si, dans ce dernier cas, l'acquéreur était dis- » pensé de se conformer aux dispositions des art. 2193 et » 2194, la protection que la loi a voulu accorder aux femmes » et aux mineurs en établissant, en leur faveur, l'hypothèque » légale avec tous ses effets, et notamment la dispense de » l'inscrire, deviendrait illusoire et tournerait même contre » eux » [1].

Les cours et tribunaux suivirent, dès cet arrêt, la jurisprudence de la cour de cassation [2].

Néanmoins, on sentait quels inconvénients pour l'adjudicataire comportait le système admis depuis 1833. Le procu-

[1] D., *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 2201, note 2, S., 33. 1. 449.
[2] V. les nombreux arrêts cités, D., *ibid*, n. 2201.



reur général Dupin avait signalé une lacune dans la loi; on eut le désir de la combler.

Nous rencontrons l'expression de ce désir dans les divers projets déposés lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841. Ainsi il fut proposé d'introduire dans l'art. 692, qui allait remplacer l'ancien art. 695, l'obligation d'adresser des notifications à la femme ou au subrogé tuteur du saisi. De même et comme conséquence, un projet de l'art. 717 déclarait les hypothèques légales purgées par le jugement d'adjudication ([1]). La commission et le rapporteur, en déposant ces projets, voulaient « concilier l'intérêt de l'adjudicataire, dont » on prenait la défense, avec celui des créanciers à hypothè- » ques légales qu'on ne voulait pas sacrifier ». Mais des orateurs éminents alléguèrent que cette disposition touchait au fond du droit, compromettait les principes du code civil, « cet admirable monument du règne de l'empereur Napo- » léon », ce « code immortel » sur lequel on n'osait « porter » une main téméraire » ([2]), et que, par suite, elle ne devait pas être introduite dans une loi de procédure. M. Persil, dans son rapport à la Chambre des pairs ([3]), avait bien fait remarquer, au contraire, que « l'intérêt des justiciables, des citoyens » devait passer avant toutes ces observations d'ordre et de » méthode », que la solution proposée ne s'écartait pas « du » but du projet », que « la loi hypothécaire, la loi de l'expro- » priation et de la saisie immobilière se liaient si intimement » qu'il n'est pas possible de séparer la forme du fond », « qu'en transportant sur l'art. 692 les sommations à faire aux

([1]) V. ces divers projets. — Chauveau sur Carré, *Procéd. civ.*, tome V, IIe partie, com. de la loi de 1841, art. 692, p. 210; art. 717, p. 256.

([2]) Discours de M. Boyer, à la séance de la chambre des Pairs du 25 avril 1840. — Chauveau, *ibid.*, p. 266.

([3]) D. *Rép.*, v° *Vente publ. d'imm.*, loi de 1841; *Exposé des motifs*, p. 562 et suiv.

» femmes, mineurs, subrogés tuteurs et procureurs du roi, » à l'époque où le cahier des charges va être déposé au » greffe », les droits de ces incapables étaient suffisamment sauvegardés. Malgré ces arguments qui auraient dû, à notre avis, triompher des hésitations du Parlement, la loi du 2 juin fut votée sans ces innovations réclamées depuis si longtemps et, de la sorte, fut implicitement consacrée par le législateur la doctrine adoptée en 1833 par la cour de cassation.

De l'exposé de cette controverse que nous avons tenu à résumer et dans laquelle nous n'avons pas à prendre parti puisqu'une loi nouvelle est venue la trancher [1], il ressort évidemment que si, depuis 1833, on s'était rallié à la solution de la cour suprême, c'était à regret et, espérait-on, à titre provisoire.

La lacune signalée par M. le procureur général Dupin fut enfin comblée en 1858 et, de la sorte, furent réalisées les améliorations qui avaient été tentées en 1841, que tous désiraient et qui permirent à la cour de cassation de revenir à sa jurisprudence d'avant 1833.

La loi du 21 mai 1858 s'attache « à faire disparaître » l'argument tiré du défaut d'avertissement aux créanciers à hypothèques légales, argument qui constitue le centre de la thèse toute entière de la cour suprême. M. Riché, rapporteur, exposa fort bien le grand intérêt d'ordre public qu'il y avait à ce que « la prompte distribution du prix de la vente et sa » disponibilité, ainsi que la circulation des créances inscrites, » ne soient pas longtemps entravées », à ce que, grâce à une mise en cause directe, on en arrivât à éviter que l'hypothè-

[1] Nous inclinons néanmoins pour le premier système qui nous paraît avoir été plus conforme à la législation d'alors et aussi, malgré sa rigueur, plus conforme à l'intérêt social, étant donnée surtout la publicité qui n'a cessé d'entourer la procédure de saisie et d'atténuer ainsi le préjudice que peuvent subir les incapables par suite de la purge opérée *ipso jure*.



que légale pût se perpétuer à l'état latent, durant une longue période de trente ans, pour sortir des ténèbres à l'improviste et venir ainsi « troubler et rendre plus coûteux un ordre qui » se fait ou remettre en question un ordre réglé » ([1]).

Le nouvel art. 692 C. pr. civ. est le résultat de cette préoccupation du législateur de 1858 : Sommation sera faite en même temps qu'aux créanciers inscrits et dans les mêmes conditions... « 2° à la femme du saisi, aux femmes des pré- » cédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs ou » interdits ou aux mineurs devenus majeurs si, dans l'un et » l'autre cas, le mariage et tutelle sont connus du poursui- » vant, d'après son titre. Cette sommation contiendra en » outre l'avertissement que, pour conserver les hypothèques » sur l'immeuble exproprié, il sera nécessaire de les faire » inscrire avant la transcription du jugement d'adjudication. » Copie en sera notifiée au procureur de la République de » l'arrondissement où les biens sont situés, lequel sera tenu » de requérir l'inscription des hypothèques légales existant » du chef du saisi seulement sur les biens compris dans la » saisie ». Ce sont bien là à peu près les mêmes formalités que celles organisées, en matière d'aliénations volontaires, par les art. 2194 s. C. civ. Et l'art. 696 C. pr. civ. modifié par la même loi de 1858, vient ajouter à ces mesures des insertions dans les journaux avec mention que « ceux du chef des- » quels il pourrait être pris inscription pour raison d'hypo- » thèques légales devront requérir cette inscription avant la » transcription du jugement d'adjudication ».

De la sorte, les créanciers à hypothèques légales non inscrites sont enfin liés eux aussi à la procédure. La regrettable lacune de l'ancien art. 695 C. pr. civ. est comblée d'une

([1]) Exposé des motifs de la loi du 21 mai 1858. Rapport de M. Riché, D. P., 58. 4, p. 51, n. 60.

manière absolue. Le poursuivant devra faire toutes recherches pour découvrir les femmes mariées ou les mineurs du chef desquels l'immeuble pourrait être grevé. Et pour cela, il n'éprouvera guère plus de difficultés que l'acquéreur d'un immeuble aliéné volontairement ou surtout que l'adjudicataire sur expropriation dans le système de la cour de cassation de 1833

Ajoutons à ces considérations que le législateur (art. 2136 s. C. civ.) a pris les plus sages mesures pour que les hypothèques légales, bien que dispensées d'inscription, soient inscrites.

Par suite, les cas dans lesquels les créanciers qui en bénéficient ne seront pas connus et seront laissés en dehors de la procédure de saisie, deviendront aussi rares que possible. En fait il n'échappera pas plus d'hypothèques occultes au poursuivant qu'il n'en échappe à l'acquéreur sur aliénation volontaire qui veut purger. C'est bien le cas de répéter, avec M. Troplong, « que les formalités du purgement feraient » double emploi avec celles de la saisie ».

Les incapables, femmes mariées, mineurs ou interdits, n'auront donc pas à se plaindre, si dans un intérêt public, après avoir tout fait pour les connaître et provoquer leur inscription, le législateur déclare leurs droits sur l'immeuble, comme ceux des créanciers inscrits, purgés par le jugement d'adjudication.

C'est ce qu'a fait avec raison et d'une manière très explicite, le nouvel art. 717, al. 7 C. pr. civ., modifié par la loi du 21 mai 1858 : « *Les créanciers à hypothèques légales qui n'ont » pas fait inscrire leur hypothèque avant la transcription du » jugement d'adjudication, ne conservent de droit de préfé- » rence sur le prix qu'à la condition de produire* » à l'ordre dans les délais fixés par la loi.

Ce texte, on le voit, ne peut laisser place à la moindre discussion. Le droit de suite attaché aux hypothèques légales est anéanti et l'adjudicataire ne peut être recherché au delà de son prix, car ce prix a été fixé contradictoirement avec tous les créanciers.

Mais l'art. 717, al. 7 accorde une faveur de plus aux femmes mariées et aux mineurs. Nous avons vu, en effet, par la lecture de cet article, que si ces incapables ou leurs représentants n'ont pu être découverts ou n'ont pas été touchés par la large publicité qui a été faite, si, par suite, ils ne se sont pas inscrits avant la transcription de l'adjudication, ils conservent encore le droit de produire à l'ordre dans les délais des art. 751-752, au cas d'ordre amiable, dans les délais de l'art. 754, au cas d'ordre judiciaire. Ils conservent donc en partie leur droit de préférence [1].

En ce qui concerne l'omission par le poursuivant de notifier la saisie à certains créanciers dispensés d'inscription et non inscrits, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit, pour le même cas, relativement aux créanciers inscrits.

III. *Privilèges sur l'immeuble adjugé.*

Après avoir étudié les effets du jugement d'adjudication sur les diverses sortes d'hypothèques, inscrites et non inscrites, il nous reste à examiner ses effets sur les privilèges qui grèvent l'immeuble exproprié. Notre étude sera rapide, car aucune contestation ne s'est élevée et ne peut s'élever, semble-t-il, sur le point de savoir si, comme cela est universellement reconnu, le jugement d'adjudication sur saisie

[1] Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2375, p. 598, D., *J. G., Suppl.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n. 414; Garsonnet, IV, § 711, p. 264; Dalmbert, n. 41 *bis*, p. 48, n. 42; Aubry et Rau, III, § 293 *bis*, p. 498, note 6; Boitard, II, n. 968, p. 362.



purge l'immeuble du droit de suite attaché aux divers privilèges. Il est vrai que l'art. 717 C. P. civ. ne parle expressément que des hypothèques. Mais il est certain que les privilèges étaient eux aussi visés par le législateur. Il suffit, nous le savons, que les créanciers soient appelés à la procédure de saisie, pour que la purge de leurs droits puisse être opérée : ce qui est rationnel pour les hypothèques doit l'être pour les privilèges. Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires des lois de 1841 et de 1858, que l'art. 717 n'a voulu en rien innover en ce qui concerne ces privilèges que toute la jurisprudence antérieure déclarait purgés par l'expropriation. Ainsi que le disait Pascalis dans son rapport, le 9 juin 1840 [1], à la Chambre des députés, « le sort du privilège, en cas de saisie immobilière, est réglé par les principes applicables à » toutes les créances soumises à l'inscription ». Il parlait spécialement du privilège du vendeur, mais cette formule pouvait s'appliquer, et s'appliquait évidemment dans son esprit à tous les privilèges. Il est donc hors de doute que les créances privilégiées soient purgées par la vente sur saisie immobilière [2].

Nous devons, pour être à peu près complet, examiner rapidement, au point de vue qui nous occupe, les diverses catégories de privilèges.

Outre ceux énumérés par l'art. 2103 C. civ., et qui portent toujours sur des immeubles, les cinq privilèges de l'art. 2101 (auxquels la loi du 9 avril 1898, art. 23, en a ajouté un sixième au profit des ouvriers victimes d'accidents professionnels), peuvent, on le sait, aux termes de l'art. 2104, s'étendre sur

[1] D., *J. G.*, *Vente publ. d'imm.*, loi de 1841, *Exposé des motifs*, p. 577, n. 130.

[2] Garsonnet, IV, § 710, p. 272 ; Aubry et Rau, III, § 293 *bis*, note 6, p. 467.



les immeubles comme sur les meubles. Parlons de cette dernière catégorie tout d'abord.

Comme toute créance privilégiée, les créances énumérées en l'art. 2101, en tant qu'elles portent sur des immeubles, sont assorties d'un droit de préférence et d'un droit de suite. L'art. 2107 déclare qu'elles sont exceptées de la formalité de l'inscription. Mais il est généralement admis que cette dispense ne concerne que le droit de préférence. Cela résulte de la place même de l'art. 2107, rapproché de l'art. 2106 auquel il se rattache étroitement et qui parle seulement des effets des privilèges « entre les créanciers » ([1]). Quant au droit de suite, il ne peut être exercé contre tout tiers détenteur que si une inscription a été prise pour le conserver, conformément à l'art. 2106. Par conséquent, ces priviléges, pour être opposables à l'adjudicataire, devront être inscrits et, s'ils le sont, les créanciers auxquels ils compètent recevront les notifications individuelles de l'art. 692 C. pr. civ., qui vise tous les créanciers, qu'ils soient hypothécaires ou privilégiés. C'est donc avec raison que l'on considère la disposition de l'article 717 comme applicable aux privilèges énumérés à l'art. 2101 C. civ.

Les privilèges de l'art. 2103 sont au nombre de trois : privilège du vendeur d'immeubles, privilège du copartageant, privilège des architectes et entrepreneurs. Ils sont tous soumis à inscription tant en ce qui concerne le droit de préférence (art. 2108-2109-2110), qu'en ce qui concerne le droit de suite (Loi du 23 mars 1855, art. 6). L'art. 692 C. pr. civ. doit

([1]) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2085, p. 332; Guillouard, III, n. 1216, p. 147; Aubry et Rau, III, § 269, p. 301, note 5; Colmet de Santerre, IX, n. 147 *bis*, XIV, p. 334; Dalmbert, n. 80, p. 103 et note 5 ; Garsonnet, IV, § 710, p. 272. — V. aussi D., *J. G., Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 337, *ibid.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n. 406.

leur être appliqué, par conséquent ; il n'y a pas de raison pour que l'art. 717 ne doive pas l'être aussi.

Néanmoins le vendeur et le copartageant [1] ont la faculté de s'inscrire pendant un délai de quarante-cinq jours à dater de l'acte de vente ou de l'acte de partage. Ne sera-ce point là une difficulté pour le cas où une saisie aurait été pratiquée et aurait abouti à l'adjudication avant l'expiration de ce délai de quarante-cinq jours, c'est-à-dire avant que le vendeur ou le copartageant ne soit déchu du droit de faire inscrire son privilège ? Dans cette période de quarante-cinq jours, le vendeur ou le copartageant, en effet, est à l'abri de toute déchéance et aucune aliénation consentie par son acquéreur ou son copartageant ne lui serait opposable (Loi 23 mars 1855, art. 6). La vente sur saisie ne saurait donc, semble-t-il, purger son droit sur l'immeuble.

Mais, comme le fait très exactement remarquer M. Garsonnet, la saisie suppose, depuis son origine jusqu'au jugement d'adjudication, un délai de quatre-vingt-dix jours tout au moins [2]. Par conséquent, à supposer même que l'aliénation donnant naissance au privilège du vendeur se place à la veille du premier acte de la procédure de saisie, le vendeur est assuré « de n'être pas surpris avant quatre-vingt-dix jours par la trans- » cription du jugement d'adjudication », cette transcription fût-elle, par impossible, réalisée immédiatement après le jugement. De même pour le copartageant, avec cette précision que la saisie n'a pu avoir été pratiquée que depuis le partage (art. 2205 C. civ.). De la sorte, à la date du juge-

[1] Nous devons nous préoccuper seulement ici du droit de suite, pour la conservation duquel le copartageant a un délai d'inscription de 45 jours (Loi du 23 mars 1855) au lieu de celui de 60 jours qu'il a pour la conservation de son droit de préférence, art. 2109. — V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civil*, III, n. 1440.

[2] Garsonnet, IV, § 696, p. 225.



ment d'adjudication, « le droit de suite du vendeur et du » copartageant sera perdu ou conservé : perdu si l'inscrip- » tion n'a pas été prise et, par conséquent, la question d'appli- » cation de l'art. 717 ne se posera même pas ; conservé, dans » le cas contraire, mais transformé en droit de préférence en » vertu de cet article » (1).

Reste le privilège des constructeurs. Il est soumis à la formalité de l'inscription et la loi de 1855 n'accorde pas à ces créanciers un délai semblable à celui dont elle favorise le vendeur et le copartageant. Leur privilège sera donc purgé sans aucun doute possible, comme toutes les créances sujettes à inscription. On sait que ce sont ici les deux procès-verbaux dont parlent les art. 2103 et 2110 qui doivent être inscrits et avec MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), nous croyons que l'inscription du premier seul suffit à conserver le droit de suite, que par conséquent le poursuivant devra notifier la saisie à tout constructeur qui aura pris soin de rendre ainsi public son privilège.

Nous n'avons pas parlé du prétendu privilège de la séparation des patrimoines dont s'occupe l'art. 2111 C. civ. Une controverse très sérieuse s'est élevée en effet sur le point de savoir s'il est assorti d'un droit de suite, s'il est un véritable privilège. Ce n'est point ici que nous avons à exposer les divers arguments invoqués par les deux systèmes (3). Disons simplement que la jurisprudence de la plupart des cours et tribunaux voit dans la séparation des patrimoines un vérita-

(1) Garsonnet, IV, § 710, p. 272, note 41.

(2) *Priv. et hyp.*, III, n. 2087, p. 336. — V. aussi D., *J. G.*, *Priv. et hyp.*, n. 385 s., *Id.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n. 408.

(3) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, III, n. 1182 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 871, 872 et les autorités citées, notamment Guillouard, III, n. 1343, 1344, p. 253.

ble privilège (1) qui, s'il est inscrit dans le délai de six mois à dater de l'ouverture de la succession, permet au créancier de suivre l'immeuble entre les mains de tout détenteur. Ajoutons que la théorie contraire, malgré les « très graves considérations » invoquées par la jurisprudence, nous paraît plus conforme à la loi. La question est néanmoins bien délicate.

Quoi qu'il en soit, si l'on admet que la séparation des patrimoines est un véritable privilège, assorti d'un droit de suite, il est certain que ce privilège est et doit être purgé par le jugement d'adjudication sur saisie immobilière, qu'il soit inscrit avant le jugement et, dans ce cas, notre solution ne saurait être douteuse, ou qu'il le soit après ce jugement, même à supposer que le délai de six mois de l'art. 2111 ne soit pas expiré. « Car il n'est pas admissible que cet acte » purge les droits de créanciers dispensés d'inscription », comme nous l'avons vu, « et qu'il laisse intacts ceux des » créanciers auxquels la loi n'accorde pour toute faveur que » le droit de prendre une inscription rétroactive » (2) et qui en tous cas sont soumis à inscription. En outre, il ne faut pas oublier que le délai de six mois n'est accordé que pour la conservation du droit de préférence, cela résulte de la place même de l'art. 2111, et que la loi de 1855 n'accorde pas le même délai en ce qui concerne ce prétendu droit de suite afférent à un privilège qu'elle passe absolument sous silence.

Si l'on admet au contraire que la séparation des patrimoines ne confère qu'un droit de préférence, la question de savoir si l'art. 717 qui déclare les droits de suite purgés par

(1) Arrêts cités par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n. 872, note 2, et notamment l'arrêt de Cass. req., 27 juillet 1870, D., 71. 1. 352. — Trib. Nérac, 25 mars 1890, D., 92. 3. 30. — Aix, 4 déc. 1893, D., 95. 2. 273. — *Contra* Trib. civ. Seine, 26 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 356 et la note. — Rousseau et Laisney, *Suppl.*, v° *Séparation des patrimoines*, n. 6.

(2) Garsonnet, *ibid.*

l'adjudication s'y applique, ne saurait être posée. Le droit de préférence s'exerce sur le prix, non sur l'immeuble.

En résumé et d'une manière générale, tous les privilèges sur les immeubles étant soumis à l'inscription, les créanciers auxquels ils profitent reçoivent la notification de la saisie, avec sommation d'avoir à exercer leur contrôle sur la procédure et les enchères ([1]). L'adjudication doit donc opérer la purge de leurs droits. Il ne faut pas s'étonner de voir le législateur n'indiquer expressément dans l'art. 717 al. 7 que les hypothèques. Ainsi que le font remarquer MM. Ollivier et Mourlon ([2]), « les privilèges immobiliers n'étant au fond que » des hypothèques *sui generis* ou privilégiées, il n'est pas » rare de voir la loi employer le mot hypothèque dans un » sens général pour désigner tout à la fois les hypothèques » privilégiées et les hypothèques ordinaires (V. notamment » les art. 2167 à 2178 C. civ.) ».

Nous venons de parler du privilège du vendeur. Une action résolutoire lui est en outre accordée par la loi. Signalons en passant qu'aux termes de l'art. 692 C. pr. civ., une mise en demeure doit être adressée au vendeur de l'immeuble saisi, d'avoir à former sa demande en résolution avant l'adjudication, faute de quoi il en serait définitivement déchu. Et l'art. 717, grâce à cette disposition, a pu décider que « l'adju- » dicataire ne pourrait pas être poursuivi à raison des droits » des anciens vendeurs ».

L'art. 717 al. 7 C. pr. civ. est, on le voit, aussi général que possible.

([1]) Il est évident que si quelque créancier privilégié a été omis lors des notifications, les règles posées plus haut en matière d'hypothèques ordinaires sont aussi applicables. Nous n'y reviendrons pas.

([2]) Comment. de la loi de 1858, n. 232, p. 421.

L'immeuble adjugé, après la publicité de la saisie, après les avertissements individuels à tous intéressés, doit rester entre les mains de l'adjudicataire libre de tous les droits réels qui le grevaient. Nous savons quels motifs d'ordre public servent de base rationnelle à une semblable disposition.

§ II. *Est-ce le jugement ou sa transcription qui opère la purge?*

« Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge » toutes les hypothèques... », telle est la formule de l'art. 717, al. 7, formule dont nous connaissons maintenant la portée, mais dans laquelle se rencontrent deux mots « *dûment transcrit* » que nous devons expliquer.

Il s'agit, en somme, de savoir, et l'intérêt pratique de la question est considérable, à quel moment précis l'immeuble est sorti du patrimoine du saisi, à l'égard des créanciers hypothécaires ; à quel moment le droit de suite de ces derniers sur l'immeuble a été transformé en un droit sur le prix ; à quel moment ces créanciers ne peuvent plus agir contre l'immeuble entre les mains de tout détenteur, mais seulement contre le débiteur de ce prix, ou mieux contre ce prix lui-même.

Est-ce lorsque l'adjudication a été prononcée par le Tribunal ou seulement lorsque le jugement d'adjudication a été transcrit au bureau des hypothèques, conformément à la loi du 23 mars 1855?

Les auteurs sont partagés sur ce point qui a soulevé de vives controverses. Ceux qui admettent que le jugement, avant toute transcription, a opéré la purge, constituent la majorité. Citons notamment parmi eux : MM. Aubry et

Rau [1], Colmet de Santerre [2], Garsonnet [3], Dalmbert [4], Guillouard [5]. Dans la jurisprudence, plusieurs arrêts de cours d'appel sont favorables à cette opinion.

L'opinion contraire est représentée par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes [6] et Dalloz [7]. Elle a aussi pour elle l'autorité de la cour de cassation qui, à plusieurs reprises, en 1877, 1879, 1892, notamment, a sanctionné cette manière de voir et a été suivie dans cette voie par diverses cours.

Des deux côtés, on rencontre d'excellents arguments. Disons immédiatement que nous nous rangeons sans hésiter à l'avis de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes et de la cour de cassation.

Avant d'exposer les arguments de la théorie contraire et de les réfuter, rappelons les divers textes de loi qui constituent la base même de la discussion et sont, à notre avis, le fondement solide de l'opinion à laquelle nous adhérons.

C'est, en premier lieu, l'art. 717, al. 7 C. pr. civ. lui-même qui, nous venons de le voir, a soin d'employer les mots « jugement *dûment transcrit* », indiquant ainsi bien nettement, semble-t-il, que la transcription est une condition *sine quâ non* de l'effet produit, la purge. Ajoutons que ce texte prend une force nouvelle dans une phrase de M. Riché, rapporteur de la loi de 1858 à laquelle nous devons cet article et qui est ainsi conçue : « Les créanciers hypothécaires de

(1) III, § 293 *bis*, p. 497, note 4.
(2) IX, 134 *bis*, XVIII, p. 307.
(3) IV, § 709, p. 262.
(4) N° 58, p. 69.
(5) IV, n. 1961-1962.
(6) III, n. 1788, p. 104.
(7) *J. G., Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1036 s. — V. Code civ. ann. de Fuzier-Hermann, art. 2154, n. 76 s.

» toute espèce ayant été appelés à la procédure de saisie, la » *transcription* du jugement d'adjudication affranchira l'im- » meuble de leurs hypothèques » (¹).

C'est, en second lieu, l'art. 1er-4° de la loi du 23 mars 1855 qui exige la transcription de « tout jugement d'adjudication » autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéri- » tier ou d'un copartageant », et notamment par suite du jugement d'adjudication sur saisie immobilière. A défaut de cette transcription, les droits résultant de ce jugement au profit de l'adjudicataire « ne peuvent être opposés aux tiers qui ont » des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se » conformant aux lois » (art. 3, déjà cité).

C'est enfin, en troisième lieu, l'art. 6 de la même loi qui fixe au moment de la transcription la date à laquelle il ne peut plus être utilement pris d'hypothèques sur l'immeuble, du chef du saisi.

Or voici les arguments de la théorie opposée.

« La transcription, ordinairement exigée pour révéler aux » tiers des mutations de propriété qu'ils sont présumés igno- » rer, n'apprend rien de nouveau aux créanciers après la » publicité qu'a reçue la saisie et les sommations individuel- » les qui ont dû leur être faites » (²). En un mot, on ne peut considérer ces créanciers comme des tiers, dans le sens de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. Cette vente est leur œuvre; l'adjudication a été prononcée sur une poursuite collective, pour ainsi dire ; il est donc inutile que le jugement ait été transcrit pour produire, à leur égard, tous ses effets (³).

En réponse à ce premier argument, nous devons remar-

(¹) D. P., 58. 4. 51, n. 60.
(²) Garsonnet, IV, § 709, p. 264.
(³) V. aussi cet argument exposé dans Dalloz, *J. G., Sup.*, vº *Vente publ. d'imm.*, n. 402. — Bordeaux, 19 nov. 1868, D., *J. G., Sup.*, vº *Priv. et hyp.*, n. 1087. — Colmet de Santerre, IX, n. 134 *bis*, XVIII.



quer tout d'abord que si les créanciers hypothécaires ont été liés à la procédure de saisie, *ce n'est point comme vendeurs*, mais seulement comme *contrôleurs de la conservation de leurs droits*. La saisie n'est qu'une vente, cela est exact ; mais, à cette vente, le saisi seul joue et peut jouer le rôle de vendeur ; l'œuvre des créanciers réside uniquement dans la surveillance d'une procédure que l'un d'eux a mise en mouvement. Les créanciers hypothécaires sont par suite des tiers, au sens de la loi du 25 mars 1855. C'est à l'égard du vendeur et de l'acquéreur seuls que l'adjudication, véritable contrat de vente judiciaire entre l'adjudicataire et le saisi, est et peut être définitive indépendamment de la transcription.

A l'égard des tiers, au contraire, une aliénation ne peut avoir d'existence si elle n'a été transcrite. Par suite, et cela répond bien, semble-t-il, à l'esprit même de la loi de 1855, la transcription *fait corps* avec la mutation de propriété. Elle en est un élément intégrant. Si en fait il s'écoule entre ces deux actes un temps plus ou moins long, ce n'est pas une raison pour considérer la transcription comme distincte. Une transcription immédiate est pratiquement impossible : un temps matériel est nécessaire, en effet, soit pour obtenir l'expédition de l'acte d'aliénation, du jugement d'adjudication dans notre espèce, soit pour le faire transcrire. Et, s'il en est ainsi, si la transcription est indivisiblement liée à l'adjudication, rien n'est définitif tant que le conservateur des hypothèques ne l'a pas opérée. Rien n'est fait. Il n'y a pas encore mutation de propriété. Un élément essentiel manque à la perfection du contrat. Et si l'art. 750 C. pr. civ. accorde à l'adjudicataire un délai de quarante-cinq jours pour faire transcrire son titre, c'est que le législateur a jugé que ce temps était matériellement nécessaire [1].

[1] Garsonnet, IV, § 696, p. 226.

Il en résulte que si, comme le disent les adversaires, la transcription n'apprend rien de nouveau aux créanciers hypothécaires, elle est le sceau qui seul rend définitive l'aliénation. S'ils ont vu la procédure évoluer sous leurs yeux, sous leur contrôle, s'ils ont connu l'adjudication indépendamment de toute transcription, rien de tout cela n'a pu leur faire perdre leur qualité de tiers. Jusqu'à la transcription, ils ont dû considérer tout ce qui a été fait comme provisoire. Par elle seule, ils ont appris que ce provisoire est devenu définitif. On pourrait dire que, par l'adjudication, l'adjudicataire est constitué débiteur provisoire du prix; par la transcription, débiteur définitif à l'égard de tous. C'est à ce moment seulement que les droits des créanciers seront reportés de l'immeuble sur le prix enfin établi pour jamais.

Un autre argument a été produit par M. Garsonnet : « La » purge de plein droit, dit-il, consiste en ce que les créan- » ciers hypothécaires qui voudraient surenchérir ne peuvent » le faire du dixième, comme en cas d'aliénation volontaire » et doivent, comme tous les amateurs d'immeubles adjugés » sur saisie immobilière, porter leur surenchère au sixième; » or si cette purge ne résultait que de la transcription du » jugement d'adjudication, les créanciers hypothécaires ne » feraient presque jamais cette surenchère du sixième; ce ne » serait ni avant la transcription, car ils se garderaient de » porter au sixième une surenchère qu'ils peuvent encore » limiter au dixième; ni, après la transcription, car ils » n'avaient que huit jours pour surenchérir du sixième et ce » délai serait presque toujours écoulé avant que la transcrip- » tion pût être faite » [1].

Cet argument, qui paraît « décisif » à M. Garsonnet, nous semble pouvoir être facilement réfuté.

[1] Garsonnet, IV, § 709, p. 264.

La surenchère du dixième, il ne faut pas le perdre de vue, est une faveur accordée aux créanciers hypothécaires mais *seulement* après une aliénation volontaire. Encore est-il nécessaire que cette aliénation soit suivie des notifications de l'art. 2183 C. civ. C'est parce que le législateur a donné à l'acquéreur le moyen de purger l'immeuble qu'il a en même temps organisé, comme correctif, au profit des créanciers hypothécaires, la surenchère du dixième. Cette surenchère n'est donc possible, cela semble évident, qu'après une aliénation volontaire. Les divers codes n'en parlent qu'à cet égard (art. 2185 et s. C. civ., art. 832 et s. C. pr. civ.). Il ne peut en être question après une vente forcée. Ici, les créanciers doivent rentrer dans le droit commun, la surenchère du sixième seule leur est ouverte, comme à toute personne.

Mais d'ailleurs, en supposant même que la surenchère du dixième fût possible après une adjudication sur saisie, entre le jugement d'adjudication et sa transcription, comme semble le croire M. Garsonnet, son exercice serait certainement empêché et les créanciers ne pourraient que se rabattre sur la surenchère du sixième.

L'adjudicataire en effet n'a pas à notifier l'adjudication aux créanciers hypothécaires. Nous en connaissons les motifs. Toute la procédure de saisie a été organisée dans le but d'éviter ces notifications. L'adjudicataire se gardera donc bien de les donner. Or, il est généralement admis que les créanciers ne peuvent surenchérir avant que l'acquéreur n'ait manifesté sa volonté de purger.

M. Garsonnet lui-même indique les raisons de décider ainsi (1), raisons que la cour de Dijon a résumées avec une lucidité parfaite dans son arrêt du 16 mai 1876 (2). « Consi-

(1) Garsonnet, VII, § 1408, p. 57.
(2) D. P , 77. 2. 170.

» dérant en droit, qu'il résulte de la combinaison des art. » 2167, 2169 et 2183 C. civ. que la purge est facultative de » la part du tiers détenteur et, comme conséquence, que la » surenchère lui est subordonnée; que, dès lors, le droit de » surenchère n'est ouvert au créancier hypothécaire qu'après » les notifications prescrites par l'art. 2183 C. civ.; qu'en » effet, si le créancier hypothécaire pouvait former la suren- » chère avant ces notifications, il rendrait la purge forcée, la » subordonnerait donc à la surenchère contrairement au vœu » de la loi, et porterait l'atteinte la plus grave aux droits du » tiers détenteur, qui serait ainsi privé du bénéfice du terme » accordé au débiteur originaire, de la faculté de délaisse- » ment et du bénéfice de discussion prévu par l'art. 2170 » C. civ.; que d'ailleurs l'art. 2185 n'admet le créancier ins- » crit à requérir la mise aux enchères que lorsque le nouveau » propriétaire a fait les notifications prescrites par l'art. 2183; » qu'enfin les art. 832 et s. C. pr. civ. sont en parfaite har- » monie avec les dispositions précitées du code civil, puis- » qu'ils supposent que la surenchère répond toujours aux » offres et notifications du tiers détenteur... » En un mot, la surenchère est une réponse qui suppose une demande, un refus qui suppose des offres [1].

Le droit de surenchérir du dixième n'est donc pas ouvert aux créanciers après une adjudication sur saisie, avant sa transcription, pour la raison que l'adjudicataire n'a pas fait et n'a pas pu faire les notifications des art. 2183 s. La surenchère du sixième seule est possible; le danger prévu par M. Garsonnet n'est pas réel, l'adjudicataire n'étant pas « exposé à la

[1] V. dans le même sens MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2439; Dalmbert, n. 138, p. 228; Aubry et Rau, III, § 294, p. 522. — Civ. cass., 17 août 1869, D., 69. 1. 464. — Fuzier-Herman, *Code ann.*, art. 2185, n. 1, 2. L'opinion contraire semble d'ailleurs avoir été abandonnée.



» surenchère du dixième pendant les quarante-cinq jours qui » lui sont presque indispensables pour faire transcrire le » jugement d'adjudication ». Dans cette période, la purge s'accomplit, sous l'œil des créanciers, mais elle n'est pas encore définitivement accomplie.

D'ailleurs l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 fournit à notre opinion, nous l'avons dit, un nouvel argument. Aux termes de cet article, les créanciers hypothécaires du chef du saisi peuvent s'inscrire utilement jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication et non pas seulement jusqu'au jugement lui-même. Or, si nous admettons que l'art. 717, al. 7 C. pr. civ. fixe au prononcé du jugement le moment où la purge de toutes les hypothèques est opérée, sur quoi porteront les inscriptions prises par hypothèse, en vertu de notre article, entre l'adjudication et la transcription? Sur l'immeuble? Mais nous venons de dire que, dans cette hypothèse, il était libéré de tout droit de suite. Sur le prix? Mais alors pourquoi soumettre l'efficacité du droit de ces créanciers à une publicité quelconque [1]? On ne s'inscrit pas sur une somme d'argent [2]. On est donc obligé, dans l'opinion que nous combattons, d'aller jusqu'à dire avec M. Dalmbert [3] « que les ins» criptions prises postérieurement, jusqu'à la transcription, » ne frappent l'immeuble qu'*un instant de raison* et que le » jugement d'adjudication s'empare des hypothèques ainsi » inscrites et les transforme *rétroactivement* en droits sur le » prix. »

Combien était-il plus simple, si le législateur avait voulu réellement cela, d'arrêter, en matière de saisie immobilière, le cours des inscriptions du chef du saisi, à la date même du

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 1791, p. 109.
(2) Aix, 10 juin 1884, D., *J. G.*, vº *Priv. et hyp*, n. 1088.
(3) N. 58, p. 70.

jugement d'adjudication! Si le législateur ne l'a pas fait, c'est qu'il a considéré que, bien qu'ils soient liés à la procédure de saisie par les sommations ou la publicité, les créanciers hypothécaires restent des *tiers,* par rapport à une mutation de propriété qu'ils ont surveillée, mais qui ne leur devient définitivement opposable, selon le droit commun, que par la transcription. De la sorte, cette dernière mais essentielle formalité « produit deux effets que la loi rapproche. Elle » purge toutes les hypothèques et met un terme à la faculté » de s'inscrire du chef du saisi. Elle transporte le droit des » créanciers de la chose sur le prix » (1).

Ajoutons enfin, au même point de vue, que la liste des créanciers du chef du saisi ou des précédents propriétaires n'est close que par la transcription. Il est donc tout naturel que par l'adjudication, l'adjudicataire ne prenne qu'un engagement provisoire comme est provisoire la liste de ceux à l'égard desquels il s'engage, et que cet engagement devienne définitif, comme nous le disions plus haut, en même temps que devient définitive cette liste.

La théorie des adversaires se heurte, on le voit, aux principes mêmes du droit. Mais nous rencontrons dans la jurisprudence un argument nouveau contre elle. La cour d'Agen, dans son arrêt du 16 novembre 1886 (2), admet bien que le jugement d'adjudication suffit à purger les hypothèques, indépendamment de toute transcription, mais pour éviter toutes les conséquences de cette théorie, elle est amenée à une distinction qui ne repose sur aucun fondement, comme nous allons le voir. Il s'agissait (la question est identiquement la nôtre) de décider quand cessait pour le créancier la nécessité de renouveler son inscription au cas d'adjudi-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, § 1791, p. 108.
(2) D. P., 87. 2. 109.

cation sur saisie immobilière. Attendu, dit la cour, « qu'entre » eux (les créanciers) comme avec le saisi et l'adjudicataire, » intervient un contrat judiciaire dont il ne leur est plus » permis de se départir et que, dès lors, leur hypothèque » a produit son effet légal ; attendu par suite, qu'après » le jugement d'adjudication, entre eux, la formalité du » renouvellement est superflue... qu'il y a à distinguer; » attendu que, s'agit-il d'un créancier postérieur à l'adjudi- » cation, il peut soutenir que le défaut de renouvellement a » été pour lui un danger réel, puisque l'inscription non renou- » velée n'ayant pas figuré dans le certificat hypothécaire qu'il » s'est fait délivrer, il a ignoré son existence ; qu'il n'a pas » été partie au contrat judiciaire intervenu ; que, quant à ses » droits sur le prix de l'immeuble adjugé, l'adjudication » n'existe pour lui qu'à sa transcription ; que jusqu'à cette » transcription aucune inscription n'a à son égard produit » son effet légal et que toutes, le cas échéant, doivent être » renouvelées ; que s'il s'agit, au contraire, d'un créancier » inscrit au moment de l'adjudication, il ne peut invoquer » aucune de ces considérations ; qu'il n'a pu être victime » d'aucun danger puisque la sommation qu'il avait reçue et » la mention, en marge de la transcription de la saisie, des » notifications données aux autres créanciers, l'avaient mis à » même de connaître leurs droits, qu'il a été partie au con- » trat judiciaire... Qu'il s'ensuit que si, pour le règlement » d'ordre qui n'est que déclaratif des droits des créanciers, » il ne se présente que des créanciers inscrits lors de l'adju- » dication, leur rang hypothécaire reste irrévocablement » fixé ; qu'il s'ensuivrait bien que, s'ils se trouvaient en con- » cours avec un créancier postérieur à l'adjudication, leur » collocation devrait être modifiée dans la mesure de l'intérêt » du nouveau créancier »...

Voilà donc une distinction bien nette : la purge est opérée par le jugement pour les créanciers inscrits qui ont été parties à la procédure; elle n'est opérée que par la transcription pour ceux inscrits postérieurement à l'adjudication. Mais où, dans la loi, se trouve le fondement d'une telle distinction? L'art. 717 se borne à déclarer *toutes les hypothèques purgées par le jugement d'adjudication dûment transcrit.* N'est-il pas plus juridique de dire que la purge n'est opérée que par la transcription? Et, dans cette seule opinion, la purge peut être générale selon le vœu de la loi.

La théorie que nous combattons a été néanmoins adoptée par diverses cours d'appel. Il faut citer notamment les arrêts de la cour de Bordeaux du 19 novembre 1868 [1], de la cour de Caen du 9 mai 1871 [2], qui considèrent l'adjudication comme un contrat judiciaire auquel les créanciers présents sont de véritables vendeurs, argument exposé plus haut et réfuté. La cour de Toulouse, dans son arrêt du 1er mars 1889 [3], ne s'explique pas suffisamment sur le moment précis auquel, d'après elle, les inscriptions auraient produit leur effet : elle se borne à dire que c'est l'adjudication. Aussi peut-on considérer qu'elle n'a pas pris parti d'une manière formelle.

Nous avons dit que la cour de cassation avait, au contraire, adopté la manière de voir que nous venons de défendre. Un arrêt de la chambre des requêtes, en date du 22 janvier 1877 [4] est formel à cet égard, quoi qu'en veuille dire M. Dalmbert [5], puisqu'il déclare « qu'à partir de la trans-

(1) D., *J. G., Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1087.
(2) D. P., 76. 2. 102.
(3) D. P., 90. 2. 70.
(4) D. P., 77. 1. 249.
(5) N. 58, note 21, p. 81 et note 9, p. 71.

» cription, de même que le droit de suite est éteint... de » même les inscriptions ayant alors produit leur effet », il est inutile de les renouveler. Peu de temps après, le 8 juillet 1879 [1], la même chambre décidait que l'effet légal de l'hypothèque « prenait fin, dans la vente sur expropriation » forcée, à la transcription du jugement d'adjudication »... Quant à la chambre civile, elle s'est prononcée aussi énergiquement que possible, dans les termes suivants, à la date du 4 mai 1891 [2] : « Attendu qu'aux termes de l'art. 6 de la » loi du 23 mars 1855 et de l'art. 717 C. pr. civ. combinés, » en cas de saisie immobilière, c'est la transcription du » jugement d'adjudication qui seule a pour effet d'arrêter le » cours des inscriptions et de purger l'immeuble exproprié » des hypothèques dont il était grevé; que c'est donc à ce » moment-là seulement que le droit de suite étant éteint, et » les créanciers n'ayant plus à exercer qu'un droit de préfé- » rence sur le prix, le rang suivant lequel ils seront payés » est reporté de l'immeuble sur le prix et reste définitivement » fixé; que jusque-là l'hypothèque conventionnelle ou judi- » ciaire n'est valablement conservée qu'au moyen de l'accom- » plissement de toutes les formalités légales, et, notamment, » au moyen du renouvellement en temps utile des inscrip- » tions hypothécaires susceptibles de péremption ».

Le 1er décembre 1885, la cour de Bordeaux, suivant la voie tracée par la chambre des requêtes, est revenue sur son ancienne jurisprudence de la manière la plus explicite [3].

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes [4] signalent un jugement intéressant du tribunal civil de Cahors, en date du

[1] D. P., 80. 1. 293.
[2] D. P., 92. 1. 9 — Cf. Civ. rej., 25 avril 1888, D., 89. 1. 102, S., 89. 1. 49.
[3] D. P., 87. 2 12. — Dans le même sens : Aix, 10 juin 1884, *supra* et les autorités citées par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n. 1791, note 1, p. 109.
[4] *Ibid.*, n. 1792.

25 janvier 1892 (1). Ce jugement reconnaît bien que seule la transcription purge les privilèges et hypothèques. Mais, dans l'espèce soumise au tribunal, l'adjudicataire qui était en même temps créancier, avait omis de faire transcrire le jugement d'adjudication, et, comme un autre créancier avait laissé, depuis le jugement, périmer son inscription, l'adjudicataire lui opposait la déchéance résultant du non-renouvellement. Le tribunal, par un sentiment d'équité (l'adjudicataire avait laissé s'écouler quatre ans avant de faire opérer la transcription), décida que la faute, et peut-être la fraude, commise par l'adjudicataire ne pouvait préjudicier à ce créancier. C'était décider que l'hypothèque de ce dernier avait, à l'égard au moins de l'adjudicataire, produit son effet au moment de l'adjudication, que la purge de l'hypothèque avait été opérée par le jugement lui-même, indépendamment de toute transcription.

En présence des termes formels, tant de la loi du 23 mars 1855 que de l'art. 717 C. pr. civ., le tribunal ne devait pas faire une semblable distinction. Le créancier auquel il s'intéressait était un tiers : la transcription était nécessaire pour que l'adjudication lui fût opposable, pour que devînt inutile le renouvellement décennal de l'inscription hypothécaire.

Le tribunal n'avait d'ailleurs pas de scrupules à avoir. La situation de ce créancier était le résultat d'une faute qui n'était imputable qu'à lui-même. Il n'avait pas, en temps opportun, fait renouveler son inscription.

Au surplus, en vertu de l'art. 750 C. pr. civ., la folle enchère lui était ouverte, et ce moyen lui eût donné toute satisfaction.

Concluons donc en disant que les mots *dûment transcrit* de

(1) D. P., 92. 2. 418.

l'art. 717, al. 7 C. pr. civ. n'ont pas été placés là au hasard par le législateur et qu'ils ne peuvent avoir de signification que si la transcription seule purge les hypothèques grevant l'immeuble exproprié. Il est par trop fantaisiste de leur donner le sens qu'y voit M. Garsonnet (1).

Tout se concilie dans cette théorie qui, nous l'avons vu, satisfait aussi bien la raison que le texte même de la loi.

Avant d'abandonner cet ordre d'idées, il est intéressant de signaler une opinion de M. Guillouard qui nous paraît absolument contradictoire.

Dans le troisième volume de son Traité des privilèges et hypothèques, cet auteur se range bien nettement à l'avis d'après lequel la nécessité de renouveler les inscriptions hypothécaires dure jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication (2). Il appuie avec raison sa manière de voir sur la loi du 23 mars 1855, reconnaît que « l'immeuble » exproprié réside sur la tête du saisi jusqu'à la transcription » du jugement d'adjudication, et qu'il faut en conclure que » l'immeuble n'est pas encore transformé en un prix sur lequel » les créanciers soient dispensés de s'inscrire ». Il se base encore sur l'art. 717 C. pr. civ., que nous venons d'étudier.

Dans le quatrième volume du même Traité (3), M. Guillouard admet au contraire l'opinion aux termes de laquelle le jugement d'adjudication suffit, indépendamment de la transcription, à purger l'immeuble exproprié.

Il dit : « L'obligation de l'adjudicataire de payer le prix » naît au moment même du jugement d'adjudication ; sans » doute c'est la procédure d'ordre qui déterminera ultérieu- » rement les effets de cet engagement et qui indiquera que

(1) *Ibid.*, p. 265.
(2) N. 1372 s.
(3) N. 1961-1962.

» les créanciers doivent être payés, mais ce n'est là qu'une » question de résultance, la procédure d'ordre n'est que » déclarative et ne fait que déterminer des droits qui ont leur » principe dans le jugement d'adjudication. *Le droit des » créanciers est donc transporté sur le prix, sauf à voir que » les créanciers y prendront part* ». Il ajoute que l'inscription que peuvent prendre les créanciers jusqu'à la transcription donne seulement un droit sur le prix et non un droit sur l'immeuble; quant aux termes de l'art. 717 il estime qu'ils sont équivoques.

N'est-ce point la contradiction la plus formelle et la plus inexplicable?

Comment une inscription serait-elle nécessaire jusqu'à la transcription si l'immeuble a été purgé par le jugement lui-même ?

§ III. *Conséquences du non paiement du prix.*

L'art. 717, al. 7 C. pr. civ., après avoir déclaré que le jugement d'adjudication sur saisie immobilière opère la purge des hypothèques, ajoute : « *et les créanciers n'ont » plus d'action que sur le plus* ». Nous devons maintenant examiner cette disposition.

Nous savons quel est le résultat de l'adjudication : le prix de l'immeuble a été fixé en présence des créanciers, accepté par eux, et de la sorte « l'immeuble saisi s'est trouvé con- » verti en une somme d'argent; cette somme d'argent a pris » sa place dans le patrimoine du saisi, qui n'aura même pas » le droit de la toucher, car elle sera distribuée par la voie » de l'ordre entre ses créanciers; le droit réel que ceux-ci » avaient sur l'immeuble s'est ainsi transformé en un droit » sur le prix, et les inscriptions hypothécaires ont produit

» dès ce moment [1] tout l'effet dont elles sont suscepti-
» bles » [2].

En un mot, nous nous trouvons, au moment de la transcription de l'adjudication, dans la situation suivante : d'un côté, l'adjudicataire, propriétaire définitif de l'immeuble à la place du saisi, ayant, comme tout acquéreur, contracté l'engagement de payer son prix ; de l'autre côté, les créanciers hypothécaires, qui ont accepté l'adjudicataire et le prix, à l'égard desquels l'immeuble est sorti pour jamais du patrimoine du saisi, et dont le droit hypothécaire est devenu un droit de préférence sur le prix. A l'égard du débiteur du prix, ils ont tous les droits et actions que pourrait avoir le saisi, leur propre débiteur.

L'action sur le prix dont parle l'art. 717 est donc une action personnelle contre l'adjudicataire, au profit des créanciers, tendant à obtenir, sur la somme qui représente l'immeuble, le paiement de leurs créances. L'action réelle conférée par l'hypothèque est éteinte et remplacée par cette action personnelle, et cette substitution résulte de la substitution à l'immeuble d'une somme d'argent, chose mobilière. De là cette conséquence évidente que l'existence et l'exercice de cette action ne sont et ne peuvent être subordonnés à un renouvellement d'inscription, tout droit réel ayant disparu. La liste des créanciers est close et le droit de chacun d'eux, comme son rang, définitivement acquis. Cette action personnelle contre l'adjudicataire se prescrira par trente ans.

Telle est la nature du droit qui a remplacé le droit de suite des créanciers.

(1) Pour M. Garsonnet, ce moment se place au jugement d'adjudication ; pour nous, à la transcription de ce jugement, ainsi qu'il a été dit au paragraphe précédent.

(2) Garsonnet, IV, § 713, p. 282.

Si l'adjudicataire paie son prix à ces derniers selon leur rang, ou le consigne, il s'acquitte envers eux de toute dette. Aucune difficulté ne peut surgir entre eux et lui.

Mais que va-t-il advenir s'il ne paie pas ou ne consigne pas ? Que deviendra le droit des créanciers ?

Tant que l'immeuble reste dans le patrimoine de l'adjudicataire et qu'il n'a été grevé du chef de ce dernier d'aucun droit réel, il ne peut y avoir encore de difficultés. Chaque créancier obtient, conformément à l'art. 770 C. pr. civ., dans les dix jours qui suivent la clôture définitive de l'ordre, un bordereau de collocation, exécutoire contre l'adjudicataire si le prix n'a pas été consigné, comme dans notre hypothèse. Armé de ce bordereau qui a été revêtu, par le greffier, de la formule exécutoire, le créancier peut, après commandement, saisir les biens de son débiteur, l'adjudicataire, et, tant que celui-ci est solvable, obtenir le paiement de sa créance.

S'il le préfère, le créancier peut d'ailleurs poursuivre la folle enchère dans les trois jours qui suivent la signification, avec commandement, du bordereau de collocation (art. 733-735 C. pr. civ.)

Mais que pourront faire les créanciers colloqués s'ils se trouvent en face, non plus seulement de l'adjudicataire, débiteur personnel des bordereaux de collocation, mais d'un tiers, sous-acquéreur de l'immeuble ou créancier ayant hypothèque sur l'immeuble du chef de l'adjudicataire ?

En résumé, la question se pose ici de savoir si les hypothèques des créanciers du saisi ont été définitivement éteintes par la transcription du jugement d'adjudication, ou si cette extinction était subordonnée au paiement du prix par l'adjudicataire.

Le droit de suite conféré par leurs hypothèques à ces créanciers peut-il revivre si le prix de l'adjudication ne leur

est pas payé et être opposable aux tiers auxquels l'adjudicataire peut avoir consenti des droits réels sur l'immeuble?

L'intérêt de la question est considérable. Si l'on admet que la transcription du jugement d'adjudication purge définitivement l'immeuble, sans qu'un tel effet soit soumis à la condition du paiement, le sous-acquéreur ne pourra être atteint par les créanciers privés de leur droit de suite et les créanciers hypothécaires de l'adjudicataire lui-même ne pourront subir le concours des créanciers non payés du saisi. Si l'on admet au contraire que le paiement du prix est la condition même de la purge, l'hypothèque continue à grever l'immeuble tant que l'adjudicataire ne s'est pas libéré. Le droit de suite sommeille peut-être entre les mains des créanciers du saisi, mais il reste pour eux une arme dont ils pourront se servir à leur gré. Le sous-acquéreur restera soumis par conséquent à l'action réelle attachée aux hypothèques de ces créanciers que nous supposons avoir été régulièrement conservées, et s'il veut s'y soustraire, il devra notifier son contrat à ceux-ci. De même aux hypothèques qu'aurait consenties l'adjudicataire devront être opposées celles consenties par le saisi [1].

Les auteurs sont divisés et les partisans de chacune de ces solutions font valoir de très sérieuses considérations.

Ceux néanmoins qui admettent que le paiement du prix de l'immeuble exproprié est une condition essentielle de sa libération sont la majorité et la jurisprudence paraît les avoir suivis dans cette voie.

Il semble, au premier abord, que ce soit là la véritable solution.

L'immeuble était le gage des créanciers; ils pouvaient le suivre entre les mains de tout tiers détenteur, on les a privés

[1] Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2376, p. 598.

de ce droit au cas d'adjudication sur saisie immobilière uniquement parce que la valeur maxima de l'immeuble leur était donnée en échange. Si le prix leur échappe, la contre-partie de ce droit n'existe plus; ce droit doit reprendre son empire.

C'est là un argument rationnel qui semble s'imposer à l'esprit.

Mais, en faveur de cette solution, des arguments juridiques sont aussi invoqués.

En premier lieu, on assimile la vente sur expropriation forcée à une aliénation volontaire, en disant que l'art. 2186 C. civ. s'applique à l'adjudication. « A défaut, par les créan-
» ciers, d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et
» les formes prescrits, la valeur de l'immeuble demeure
» définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou
» déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en consé-
» quence, libéré de tout privilège et hypothèque, *en payant*
» *ledit prix aux créanciers* qui seront en ordre de le recevoir,
» ou en le consignant ». Tel est l'art. 2186. Or, il est reconnu par tous qu'au cas d'aliénation volontaire, en conformité de cet article, l'immeuble n'est libéré de tous privilèges et hypothèques que par le paiement ou la consignation du prix par l'acquéreur qui a fait les notifications à fin de purge (1).

Il doit en être de même en matière d'adjudication sur saisie.

Si l'adjudicataire a vendu, le sous-acquéreur doit considérer comme encore existantes les hypothèques du saisi, et notifier son contrat aux créanciers auxquels elles compètent, ces créanciers non encore payés ayant le droit de surenchère du dixième. Si l'adjudicataire s'est borné à constituer des droits réels sur l'immeuble, les hypothèques du chef du saisi

(1) V. notamment Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2487; Dalmbert, n. 130, p. 209; Aubry et Rau, III, § 294, p. 532, etc.



seront opposables à ces nouvelles hypothèques. Ce qui est vrai de la purge après aliénation volontaire doit être vrai de la purge opérée de plein droit par le jugement d'adjudication sur saisie [1].

En second lieu, on invoque l'art. 717, al. 7 lui-même du code de procédure. Dans une même phrase, cet article déclare purgés les privilèges et hypothèques, d'une part, et accorde, d'autre part, aux créanciers une action sur le prix. Le législateur a voulu exprimer ainsi la liaison étroite existant dans son esprit entre ces deux règles, la seconde, action sur le prix, étant la justification même, le contre-poids de la première.

MM. Garsonnet [2], Aubry et Rau [3] et Dalloz [4] se sont ralliés à cette théorie.

Malgré les arguments que nous venons d'exposer, il nous paraît que l'opinion contraire est plus conforme à l'esprit comme au texte de la loi qui règle la procédure de saisie immobilière et les effets de l'adjudication. M. Dalmbert admet que « le droit réel d'hypothèque » est *définitivement* effacé par l'adjudication [5]; il distingue la purge de l'immeuble et la purge des hypothèques : la première opérée par l'adjudication, la deuxième par le paiement du prix. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ont fourni des arguments décisifs en faveur de la libération définitive et absolue de l'immeuble par la transcription du jugement d'adjudication [6].

[1] Garsonnet, IV, § 710, p. 268.

[2] *Ibid.*

[3] III, § 280, p. 380, texte et note 26.

[4] *Rép.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1742 (sous certaines réserves); *Suppl. au Rép.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n 411.

[5] N. 61, p. 83.

[6] *Ibid.*, n. 2377.

Indiquons les raisons principales de décider dans ce sens.

Tout d'abord il est arbitraire d'assimiler la vente sur saisie immobilière à une vente volontaire; c'est au surplus manifestement contraire à la loi. Qu'il nous suffise, au point de vue spécial qui nous occupe actuellement, de rappeler que les art. 2181 et s. C. civ. s'appliquent d'une manière exclusive aux aliénations volontaires; que l'art. 2186 qui déclare nécessaire le paiement du prix pour compléter la purge ne saurait être étendu davantage à l'expropriation forcée pour laquelle toute une procédure exceptionnelle a été organisée en vue de dispenser l'adjudicataire de la purge ordinaire. Nous savons aussi que l'ordre public est intéressé à ce que le jugement d'adjudication sur saisie débarrasse à tout jamais l'immeuble des droits réels qui le grevaient; qu'il y est intéressé d'autant plus que le maintien de ces droits entraînerait fatalement de nouvelles enchères alors que les premières ont donné toutes garanties aux créanciers. Rappelons enfin que les créanciers ont un moyen légal de punir l'adjudicataire de l'inexécution de ses engagements, parmi lesquels le paiement du prix est le principal; ce moyen est la folle enchère.

Au cas de vente volontaire, dans l'hypothèse de l'art. 2186, il n'en est pas ainsi : l'immeuble n'a pas été vendu au grand jour des enchères publiques dont le résultat possible est absolument inconnu ; au surplus, les créanciers n'auraient pas ici à leur service le moyen si simple de la folle enchère pour atteindre le tiers détenteur qui, après avoir fait des notifications par eux acceptées, n'aurait pas ensuite exécuté ses engagements. Ajoutons que c'est un jugement exécutoire qui constate, au terme de la saisie, l'entente des créanciers, de l'adjudicataire et du saisi sur la fixation du prix de l'immeuble ; que l'engagement de l'adjudicataire est ainsi sanctionné par la justice; tandis qu'il n'en est pas de même de l'entente

des créanciers et de l'acquéreur après la purge des art. 2183 et s.

Ces considérations, qu'il serait possible de multiplier, démontrent que l'assimilation faite par les partisans de l'opinion que nous combattons est absolument contraire au vœu de la loi.

Mais nous avons dit que ces auteurs voyaient dans la phrase de l'al. 7 de l'art. 717 C. pr. civ., ainsi conçue : « Le » jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les » hypothèques et les créanciers n'ont plus d'action que sur le » prix »... la preuve que le législateur avait voulu soumettre la purge à la condition du paiement du prix. Nous devons réfuter cet argument.

Si l'on considère attentivement les termes de cette phrase, on y voit la preuve que le législateur a eu la pensée contraire de celle que veulent lui prêter les auteurs que nous combattons. « N'ont *plus d'action que sur le prix* », cela veut dire bien évidemment que toute action sur l'immeuble est éteinte ; que le prix représente définitivement l'immeuble aux yeux des créanciers qui ne sauraient revenir sur le consentement donné en justice à sa fixation ; que l'adjudicataire est personnellement leur débiteur ; qu'il leur doit, lui seul, compte de l'exécution de ses engagements, alors que l'immeuble est complètement dégagé. C'est une nouvelle action qui est accordée aux créanciers, ce n'est pas *leur* action hypothécaire qui leur est conservée. « Est-il possible, s'écrient MM. Baudry- » Lacantinerie et de Loynes, de dire avec plus de clarté et » plus d'énergie : les créanciers avaient une action sur » l'immeuble ; ils l'ont perdue, ils ne peuvent plus poursuivre » en vertu de leur hypothèque, par voie d'action réelle, » celui qui détient le bien. Ils ne peuvent plus agir que » par voie d'action personnelle contre l'acquéreur débiteur

» du prix; seulement leur action est privilégiée, en ce sens » qu'elle est assortie d'un droit de préférence » (¹).

Le droit de suite des créanciers est donc bien définitivement éteint par la transcription du jugement d'adjudication. Ils ne peuvent pas rechercher l'immeuble entre les mains d'un sous-acquéreur; ils ne peuvent pas davantage opposer leurs hypothèques, parce qu'elles sont éteintes, aux créanciers hypothécaires de l'adjudicataire, à supposer qu'ils soient en concours avec ceux-ci. Tel est le véritable sens de l'art. 717.

A ces arguments, il faut ajouter une considération très décisive à nos yeux.

Dans l'opinion contraire, les créanciers, pour pouvoir opposer leurs hypothèques, si le prix n'est pas payé, au sous-acquéreur ou aux créanciers inscrits du chef de l'adjudicataire, ou du sous-acquéreur, sont obligés de renouveler leurs inscriptions, même après la transcription du jugement d'adjudication. Ils sont obligés de prévoir que leurs hypothèques qui sommeillent seulement en attendant le paiement du prix pourront se réveiller au cas de non-paiement et de prendre leurs mesures pour que ce réveil soit possible et utile. Or, nous savons qu'aux termes de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, il ne peut, après la transcription, être pris utilement inscription sur l'immeuble du chef du précédent propriétaire, c'est-à-dire, dans l'espèce, du saisi. Voici donc encore la théorie adverse en contradiction formelle avec la loi.

Enfin, si le sous-acquéreur a rempli les formalités de la purge, comme il y est obligé d'après les adversaires à l'égard des créanciers du saisi, ces derniers pourront surenchérir, c'est-à-dire exiger une détermination contradictoire de la

(¹) *Ibid.*, n. 2377, p. 600.

valeur de l'immeuble. Cela est-il vraiment possible? Voilà des créanciers qui ont assisté à la fixation en justice du prix de l'immeuble exproprié, qui ont accepté cette fixation; et ils pourraient encore surenchérir, c'est-à-dire remettre en question le prix accepté par eux, définitivement fixé à leur égard? Conséquence inadmissible d'une théorie contraire au droit.

De ces diverses considérations, il faut conclure que la transcription du jugement d'adjudication nettoye bien pour jamais l'immeuble des droits réels qui le grevaient. Nous disons par là que le droit de suite dont était assortie l'hypothèque est éteint, mais sans préjudicier au droit de créance. La créance subsiste, mais non l'action directe sur l'immeuble. C'est évidemment ce que M. Dalmbert entend dire par sa distinction entre la *purge de l'immeuble* et la *purge des hypothèques qui le grevaient;* la première opérée par l'adjudication (la transcription, d'après nous), la deuxième opérée par le paiement du prix [1].

Mais, dira-t-on, si l'immeuble est ainsi parvenu à l'adjudicataire affranchi de tout droit réel, si les créanciers dont les hypothèques ont été purgées par l'adjudication ne peuvent suivre l'immeuble dans le cas de non-paiement du prix, quelle sera l'efficacité de ce droit de préférence qui leur reste seul? Comment ces créanciers, dont la loi a voulu par tous moyens protéger les droits, se défendront-ils contre un adjudicataire qui la plupart du temps ne paie pas parce qu'il est insolvable?

La loi, répondons-nous, leur donne toutes garanties et si, dans un intérêt social, elle les a dépouillés de leur droit de suite, elle leur a donné des armes en compensation.

[1] Dalmbert, n. 57, p. 68 et notes 4, 5 et 6. — Cf. n. 60, note 18, p. 79. — Cf. enfin n. 61, p. 82.

Ils peuvent tout d'abord, en vertu des art. 733 s. C. pr. civ., poursuivre la revente de l'immeuble sur folle enchère contre l'adjudicataire qui ne paie pas son prix. Or ce moyen exceptionnel, incident de la procédure de saisie, leur permet d'agir rapidement; il est au surplus très pratique. Le créancier colloqué qui a vainement signifié à l'adjudicataire son bordereau de collocation avec commandement peut, trois jours après cette signification, sur un simple certificat de greffier (art. 734 et 735), mettre en mouvement la procédure de folle enchère qui, dans un délai de trente jours (art. 735), peut aboutir à une nouvelle adjudication. Or, cette nouvelle adjudication résout *ab initio* les droits de l'adjudicataire. Elle fait disparaître par suite toutes aliénations et tous droits réels que celui ci avait pu consentir, par application de la règle *Resoluto jure dantis*... Les créanciers peuvent même procéder par folle enchère contre le tiers détenteur lui-même dans le cas de revente par le fol enchérisseur, en mettant en cause celui-ci ([1]). Rappelons, avec divers auteurs ([2]), que cette procédure de folle enchère n'a rien de commun avec l'action résolutoire accordée à tout vendeur non payé par l'art. 1654 C. civ., action résolutoire qui, aux termes de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, ne peut être exercée utilement si le privilège du vendeur n'a pas été conservé. La poursuite de la folle enchère est ouverte à tout intéressé, à tout créancier colloqué non payé dans notre espèce; elle peut être intentée pendant trente ans sans qu'une aliénation quelconque faite par le fol enchérisseur ou le sous-acquéreur ou même une nouvelle saisie puisse y faire obstacle.

Il est vrai que d'ordinaire le prix de revente sur folle

([1]) Garsonnet, IV, § 751, p. 396 s., § 753 s., p. 411.

([2]) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2378, p. 576; Dalmbert, n. 61, p. 84.

enchère sera moindre que celui de la première adjudication. Mais le fol enchérisseur est tenu de la différence (art. 740 C. pr. civ.) et, s'il est insolvable, les créanciers n'auront encore pas à se plaindre, car, en vertu de leurs hypothèques, si elles avaient été conservées conformément à la théorie que nous combattons, ils n'auraient vraisemblablement pas obtenu un résultat meilleur, les enchères auxquelles ils auraient abouti n'ayant pas plus de garanties que celles sur folle enchère.

Ce premier moyen suffirait certes à des créanciers vigilants pour obtenir paiement de leurs bordereaux de collocation. Ils en ont cependant un autre que signalent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (1).

Le saisi, vendeur de l'immeuble, ne doit pas toucher le prix de l'adjudication. Ce prix est distribué aux créanciers par la voie de l'ordre, en vertu d'une délégation tacite faite par le saisi. Le bordereau de collocation est l'instrument de cette délégation, rendue exécutoire par la justice, et chaque créancier, dans la mesure de sa collocation, peut exercer contre l'adjudicataire toutes les actions qu'aurait pu exercer le saisi-vendeur pour obtenir paiement du prix. Mais la délégation de la créance du prix entraîne délégation de tous les accessoires de cette créance, notamment du privilège du vendeur. Or les créanciers qui auront veillé à la conservation de ce privilège et notamment à l'exécution de l'art. 2108 C. civ., qui auront « pris soin soit de requérir une inscription » du privilège à leur profit, soit de faire mentionner la trans- » mission qui résulte de l'ordre en marge de l'inscription du » privilège sont à l'abri de tout danger ». Le droit de suite afférent à ce privilège leur permettra d'obtenir indirectement,

(1) *Ibid.*, p. 602-603.

par ce moyen très ingénieux et très juridique, tout ce qu'ils auraient pu obtenir directement par leurs propres hypothèques, si elles n'avaient pas été purgées.

Il ne reste donc aucune raison de droit ou d'équité pour admettre qu'après la transcription du jugement d'adjudication, les hypothèques qui ont été purgées conformément à l'art. 717, al. 7 C. pr. civ., puissent revivre, quant à leur droit de suite, au cas de non paiement du prix.

La jurisprudence semble s'être rangée cependant à l'opinion contraire.

La cour de Paris, arrêt du 6 avril 1812 [1], a décidé qu'« au » cas de revente par l'adjudicataire, les créanciers inscrits » dont l'hypothèque n'a pas été purgée (faute des notifications » prescrites), peuvent surenchérir sur le deuxième acquéreur, » comme ils auraient pu surenchérir sur l'adjudicataire ».

La chambre des requêtes de la cour de cassation, à la date du 5 mai 1835 [2] paraît avoir décidé dans le même sens. L'arrêt n'est cependant pas très explicite sur les droits des créanciers. Le pourvoi formé par le sous-acquéreur de l'adjudicataire sur saisie se basait sur la fausse application de l'art. 2185 C. civ. et sur la violation de l'art. 710 C. pr. civ. « Attendu, » en droit, dit la cour de cassation, que, pour purger valablement les hypothèques, rendre définitif le prix d'un con- » trat volontaire et faire courir le délai de la surenchère, » l'acquéreur médiat ou immédiat du vendeur, débiteur ori- » ginaire, doit notifier son contrat à tous les créanciers ins- » crits, conformément aux dispositions de l'art. 2183, et qu'en » le décidant ainsi, l'arrêt attaqué n'a pu violer aucun des » articles invoqués : Rejette ». Rapportant cet arrêt, Dalloz [3]

[1] S., 1812-1814, II, p. 78.
[2] D., *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1742-3°.
[3] D., *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1742.

signale que les faits de la cause étaient particulièrement favorables au créancier contre l'acquéreur. Il n'accepte même pas l'arrêt, contre lequel il fait toutes sortes de réserves, reconnaissant notamment que le créancier, porteur d'un bordereau de collocation non payé, ne peut exiger la notification du contrat, parce qu'il ne peut plus surenchérir. Au surplus, nous devons remarquer que, dans l'espèce, après la clôture de l'ordre, les inscriptions, celles mêmes des créanciers non colloqués, n'avaient pas été radiées. L'acquéreur devait, par suite, semble-t-il, notifier son contrat à tous les créanciers que lui révélait l'état des inscriptions délivré par le conservateur. L'espèce était donc toute spéciale.

Un autre arrêt de la cour de cassation est invoqué par les partisans de l'opinion adverse, arrêt de la chambre civile, en date du 4 juin 1850 (1). Il s'agissait ici d'opposer l'hypothèque légale d'une femme mariée aux créanciers hypothécaires de l'adjudicataire qui n'avait pas payé son prix. La cour de cassation décide que cette hypothèque « a » de la sorte assuré sur ce prix (le prix de l'adjudication) à » la veuve X... ou à ses ayant droit une cause de préférence » vis-à-vis des créanciers hypothécaires de l'adjudicataire » lui-même ». Mais c'était donc au sujet d'une hypothèque légale, c'est-à-dire d'une hypothèque qui, nous le savons, n'était pas purgée avant la loi de 1858, par l'adjudication sur saisie, que la cour suprême statuait en 1850. On doit voir par suite dans cet arrêt, plus encore que dans l'arrêt précédent, une solution d'espèce (2).

D'ailleurs, à l'égard des trois arrêts que nous venons d'examiner, il faut remarquer qu'ils ont été rendus à des époques où n'existait pas encore, tel qu'il existe maintenant, l'art. 717,

(1) D., 50. 1. 214.
(2) Cf. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *ibid.*

al. 7 C. pr. civ. Ce n'est en effet que depuis la loi du 21 mai 1858 que cet article déclare qu'après la purge de toutes les hypothèques opérée par le jugement d'adjudication, « les » créanciers n'ont plus d'action que sur le prix ». Et nous savons que, de cette expression, résulte un argument décisif en faveur de la théorie que nous soutenons.

Il est vrai que, dans un arrêt récent, la cour de cassation, chambre civile, le 25 avril 1888 (¹), semble considérer la consignation ou le paiement du prix par l'adjudicataire comme une condition essentielle de la purge. La cour ne pose ce principe que d'une manière très incidente, puisqu'elle avait à statuer sur un cas d'omission d'un créancier dans l'état d'inscription délivré par le conservateur et sur les suites de cette omission au point de vue de la purge. Quoi qu'il en soit, elle s'exprime en termes assez formels : « Attendu que d'une » part il est de principe constant que la purge ne saurait pré- » judicier au créancier qui n'a pas été mis régulièrement en » demeure d'exercer ses droits, ce qui est le cas de l'espèce » et que, d'autre part, il ressort des dispositions combinées » des art. 2186 C. civ., et 717 C. pr. civ., que la purge opérée » par la transcription du jugement d'adjudication *et la con-* » *signation du prix* libère l'immeuble de toutes ses charges » hypothécaires en ne laissant aux créanciers qu'une action » sur le prix ; qu'il suit de là que leur rang de préférence est » irrévocablement fixé dès que *cette double formalité* est » accomplie et que leur action, désormais purement person- » nelle, n'est prescriptible que par trente ans ».

En tous cas, l'opinion que nous avons avons défendue nous paraît être la plus juridique et en même temps, ce qui enlève tout scrupule, tout aussi favorable que celle des adversaires

(¹) D. P., 89. 1. 102, S., 89. 1. 49.

aux intérêts des créanciers. Elle a en outre le grand avantage de répondre exactement au vœu bien souvent manifesté du législateur de libérer l'immeuble définitivement de toutes charges réelles, au moment de l'adjudication sur saisie immobilière.

Examinant ainsi l'influence que peut avoir le paiement ou le non-paiement du prix sur la purge édictée par l'art. 717, nous avons écarté une des trois conditions indiquées par M. Garsonnet, comme essentielles, pour que cette purge soit opérée. A la fin de ce paragraphe, disons quelques mots des deux autres conditions qu'il signale [1].

Il faut, c'est la première condition, que l'immeuble grevé d'hypothèques « ait été saisi *super domino* ». Il est certain que l'adjudication qui couronne la saisie ne peut produire aucun effet contre le véritable propriétaire, si ce n'est pas contre lui que la procédure a été dirigée. Cette adjudication de la chose d'autrui est évidemment nulle et ne peut préjudicier aux droits, soit du propriétaire lui-même, soit de ses propres créanciers hypothécaires, dont les hypothèques continueraient à grever l'immeuble. L'adjudicataire ne saurait tirer d'une telle adjudication un droit quelconque sur l'immeuble adjugé [2].

Il faut ensuite, c'est la deuxième condition, « que le poursuivant ait signifié les sommations prescrites par l'art. 692 » à tous les créanciers portés sur l'état délivré par le conservateur des hypothèques ». Nous n'avons pas à nous attarder sur cette condition : nous savons, en effet, que si l'expropriation forcée purge les hypothèques, c'est uniquement parce que les créanciers sont liés à la procédure, grâce à ces som-

(1) IV, § 710, p. 267-268.
(2) Req., 2 déc. 1878, D. P., 79. 1. 259. — Cf. Garsonnet, IV, § 703, p. 242.

mations qui constituent une véritable purge anticipée. Remarquons encore que l'art. 715 C. pr. civ. déclare nulle toute procédure de saisie au cours de laquelle l'art. 692 n'aurait pas été observé, et cette nullité, tout intéressé peut l'invoquer. Au surplus, nous nous sommes expliqué longuement, au § 1, sur les conséquences des omissions dans l'accomplissement de ces formalités. Nous n'avons pas à y revenir.

§ IV. *Conséquences de divers faits postérieurs à l'adjudication.*

Pour en terminer avec la vente sur saisie immobilière, il nous reste à examiner l'influence que peuvent avoir, au point de vue de la purge, certains faits postérieurs à l'adjudication.

Ces faits peuvent être : 1° une surenchère du sixième faite conformément à l'art. 708 C. pr. civ.; 2° une folle enchère, conformément aux art. 733 s.; 3° une voie de recours quelconque contre le jugement d'adjudication.

1° *Surenchère du sixième.*

L'art. 708 C. pr. civ. donne à toute personne le droit de faire une surenchère du sixième du prix au moins, dans la huitaine qui suit l'adjudication. Par cette surenchère, le surenchérisseur prend l'engagement de se porter adjudicataire de l'immeuble moyennant le prix augmenté de son sixième. L'immeuble est alors soumis une fois de plus aux enchères publiques et l'adjudication qui intervient est le terme final de la procédure de saisie dont la procédure de surenchère elle-même n'est évidemment que l'incident et le prolongement.

Cette nouvelle adjudication peut-elle modifier, au point de vue des droits hypothécaires, l'effet de la première adjudication ?

Il est vrai que l'adjudication sur surenchère peut substituer un nouvel adjudicataire au premier, qu'en tout cas elle modifie le prix de l'adjudication primitive.

Mais il faut remarquer que la surenchère n'efface pas les conséquences de la saisie. Chacun des actes de la procédure a produit ses effets propres, et il subsiste quelque chose de la première adjudication que la surenchère suppose même comme base. En l'autorisant, la loi a voulu favoriser encore les créanciers en donnant le moyen d'atteindre un prix supérieur. Or, si nous supposons que, par la première adjudication (ou sa transcription), les droits des créanciers ont été reportés de l'immeuble sur le prix, ce n'est pas la nouvelle adjudication qui peut détruire ce résultat désormais acquis, qui peut préjudicier en quelque sorte aux créanciers. Ces derniers auront peut-être un nouveau débiteur; auront à se partager un prix supérieur; telle doit être la seule conséquence de l'adjudication sur surenchère. Comme le dit M. Colmet de Santerre [1], ce qui reste de la première adjudication, « c'est la certitude que la propriété n'appar- » tient pas à l'ancien propriétaire, qu'elle passera moyen- » nant un prix à un adjudicataire ou au surenchérisseur ». » Ajoutons que le minimum de ce prix est déjà fixé par la première adjudication et la surenchère; d'où la conséquence que les droits des créanciers portent déjà, même avant la deuxième adjudication, sur une somme d'argent au lieu et place de l'immeuble définitivement purgé. La personne de l'adjudicataire définitif, le chiffre du prix définitif sont encore en suspens, mais qu'importe, il y a un fait acquis, produit pour jamais par la saisie qui reste valable [2].

[1] IX, n. 134 *bis;* XIX, p. 308; Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 1793, p. 89.

[2] Dans le même sens Aubry et Rau, III, § 280, p. 376, note 15; Dalmbert, n. 59, p. 72. — Cf. Req. rej., 15 mars 1876, D., 78. 1. 64.

Dans la pratique, il arrivera d'ailleurs très rarement que la question se pose, au moins si l'on admet avec nous que la transcription seule du jugement d'adjudication purge les hypothèques. En effet, comme les avoués attendent d'ordinaire, et sont même matériellement obligés d'attendre, l'expiration du délai de surenchère, pour faire transcrire le jugement d'adjudication, il s'ensuit qu'au moment où intervient la surenchère, l'immeuble n'est pas encore purgé faute de transcription, et que la transcription de l'adjudication définitive seule produit les effets de l'art. 717 C. pr. civ.

2° *Adjudication sur folle-enchère.*

Nous examinerons plus loin (chap. III) l'effet, au point de vue de la purge, de la poursuite de folle enchère. Qu'il nous suffise pour le moment de dire qu'à nos yeux elle est sans effet sur les droits des créanciers définitivement reportés sur le prix par l'adjudication sur saisie immobilière.

3° *Voies de recours contre le jugement d'adjudication.*

Si la surenchère et la folle enchère sont sans influence sur la purge opérée par le jugement d'adjudication sur saisie-immobilière, il n'en est pas de même du succès des voies de recours dont ce jugement est susceptible. Aux termes de l'art. 730 C. pr. civ., un appel ne serait pas recevable; mais le jugement peut être vicié. Or il est certain que s'il est annulé pour une raison quelconque, l'adjudication est anéantie; il n'y a plus ni prix ni adjudicataire. Les hypothèques continuent de grever l'immeuble : aux créanciers de veiller à leur conservation (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 1795, p. 92; Aubry et Rau, § 280, p. 377; Guillouard, III, n. 1374.

SECTION II

VENTE SUR CONVERSION DE SAISIE IMMOBILIÈRE EN VENTE VOLONTAIRE, APRÈS L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE L'ART. 692 C. P. C.

Les liens les plus étroits rattachent au précédent ce cas de purge opérée de plein droit, le deuxième de notre première règle. Aussi ne nous entraînera-t-il point dans de longs développements.

L'art. 743, 2e al. C. de pr. civ. modifié par la loi du 2 juin 1841, donne aux intéressés, majeurs et maîtres de leurs droits, la faculté, au cours de la procédure de saisie immobilière, après la transcription de la saisie toutefois, de demander que l'adjudication soit faite en justice ou devant notaire, dans les formes des ventes d'immeubles appartenant à des mineurs, au lieu et place des formes de l'expropriation forcée. Les art. 744 et suiv. indiquent les règles à suivre dans ce cas. Cette faculté existait aussi sous l'empire du code de procédure, avant la loi de 1841 (anciens art. 747 et 748).

De la sorte, la vente est convertie en vente volontaire. Nous n'avons pas à apprécier ici les avantages de cette conversion. Qu'il nous suffise de rappeler les paroles prononcées par M. Pascalis, rapporteur à la Chambre des députés, lors de l'examen du projet de loi qui devint la loi du 8 juin 1841 [1]: « D'une part, le débiteur cesse d'être exproprié ; désormais » il concourt lui-même à la vente, ce n'est plus sa dépossession forcée qui s'opère, c'est une liquidation à laquelle il se » prête. D'autre part, tout se faisant de plein gré, il devient » facile de régler les conditions de l'adjudication d'après les » titres de propriété, de rassurer ainsi complètement les » enchérisseurs et d'obtenir de meilleures conditions ».

[1] Chauveau sur Carré, V, 1re partie, p. 80.

La loi n'indique pas l'époque jusqu'à laquelle la conversion peut avoir lieu. Il en résulte qu'elle peut être demandée et obtenue en tout état de cause à partir de la transcription de la saisie, jusqu'au moment même qui précède l'adjudication.

Mais, quel que soit le moment où cette conversion se produit, la vente à laquelle elle aboutit s'opère en conformité des art. 958 et suiv. C. pr. civ. et l'art. 717 du même code ne lui est pas applicable.

Par suite, la question se pose de savoir si cette vente entraîne la purge des hypothèques, comme l'aurait entraînée l'adjudication sur expropriation forcée.

Disons tout de suite que si la purge est opérée, ce n'est pas en raison des formalités des ventes des biens des mineurs adoptées dans notre cas. Il est certain, en effet, que de telles formalités ne sauraient dispenser l'acquéreur de purger : la vente de biens des mineurs ne rentre assurément pas, cela est reconnu par tous, dans les cas de purge *ipso jure*.

La vente sur conversion de saisie purge néanmoins, dans une hypothèse que nous devons distinguer, les privilèges et hypothèques grevant l'immeuble. Nous allons voir que c'est par suite de la présence des créanciers à l'aliénation, selon la règle que nous avons posée.

Quelle est cette hypothèse?

Ce n'est certainement pas lorsque la conversion intervient au cours de la procédure de saisie avant l'accomplissement des formalités de l'art. 692 C. pr. civ. Avant les sommations prescrites par cet article, en effet, la saisie est l'œuvre du seul créancier poursuivant, maître absolu de sa procédure, agissant dans son intérêt personnel. Les créanciers inscrits y sont restés totalement étrangers, aucun acte ne les a avisés de la poursuite ; ils n'ont pu davantage être atteints par la publicité

organisée autour de la saisie, puisque cette publicité n'a pas encore été faite.

Et cependant, dans cette période comprise entre la transcription de la saisie et les notifications individuelles de l'art. 692, la conversion est possible.

Mais, à ce moment, qui peut la demander; quels sont les *intéressés*, au sens de l'art. 743? Les seuls intéressés, ce qui vient d'être dit le démontre, sont le saisi et le poursuivant. Ce dernier pourrait en effet renoncer, de sa propre volonté, à la saisie qu'il a engagée. L'alinéa 3 de l'art. 742 dit formellement que le consentement de ces deux intéressés, dans notre hypothèse, suffit pour que la conversion puisse être obtenue.

Il est bien évident que, dans ces conditions, cette aliénation devenue volontaire et faite absolument en dehors des créanciers ne saurait équitablement purger les droits de ces derniers. La présence effective, légale des créanciers, qui est la raison d'être nécessaire et suffisante de la purge faisant ici défaut, l'adjudicataire devrait recourir, pour se mettre à l'abri de toutes poursuites, aux formalités des art. 2183 et s. C. civ.

La doctrine et la jurisprudence semblent être unanimes dans ce sens ([1]).

Mais avec un arrêt de la cour de Caen du 18 décembre 1833 ([2]) et un autre de la cour d'Orléans, du 5 février 1859 ([3]), nous pensons que la purge de l'hypothèque du créancier

([1]) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2379, p. 603; Garsonnet, IV, §§ 741-746, p. 370; Dalmbert, n. 44, p. 51; Aubry et Rau, III, § 293 *bis*, p. 502, texte et note 16; Colmet de Santerre, IX, n. 169 *bis*, XVII, p. 397; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Saisie imm.*, n. 799. — Amiens, 17 mai 1851, D., 54. 2. 60. — Orléans, 5 août 1853, D., 54. 2. 231. — Civ. cass., 11 nov. 1862, D., 62. 1. 504. — Caen, 17 juin 1877, D., 77. 5. 397. — Orléans, 23 nov. 1888, D., 90. 2. 245. — Trib. Lyon, 17 fév. 1887, *Moniteur de Lyon*, 1er avril 1887.

([2]) D., *J. G.*, v° *Surenchère*, n. 18.

([3]) D. P., 59. 2. 44.

poursuivant est opérée par la vente sur conversion, faite avant les formalités de l'art. 692, car, dans ce cas spécial, le poursuivant non seulement « s'est accordé à cette conversion, mais » encore a figuré à l'adjudication passée par son débiteur » pour y donner son assentiment formel et a renoncé par là » aussi bien au droit de surenchérir qu'à toute autre cause » d'éviction par laquelle il aurait été en sa puissance de trou- » bler l'acquéreur. » (Arrêt de Caen précité.) Ce qui ne saurait se justifier pour les créanciers étrangers à la poursuite, se justifie amplement pour le créancier poursuivant [1]. Mais sous cette seule réserve, la purge ne peut être opérée par la vente sur conversion intervenue avant l'accomplissement des formalités de l'art. 692.

En sera-t-il de même si la conversion a lieu postérieurement à ces formalités?

Ici bien au contraire, l'aliénation survenant après la conversion, entraîne purge de tous privilèges et hypothèques, au même titre que l'adjudication sur saisie ayant suivi son cours normal.

Les raisons de décider ainsi sont nombreuses.

Du moment où le poursuivant, après avoir fait transcrire sa saisie, a appelé les créanciers inscrits à la procédure par des notifications individuelles, où, conformément à l'art. 693, il a fait mentionner ces notifications en marge de la transcription de la saisie, il n'est plus seul maître de sa procédure. S'il veut abandonner la poursuite, il est tenu d'obtenir le consentement de tous les créanciers.

Pour que la conversion de la saisie en vente volontaire soit possible, il est, par suite, nécessaire que les créanciers acceptent, puisque, désormais, au même titre que le pour-

[1] Dalmbert, n. 44, note 1, p. 51; D., *J. G.*, *Suppl.*, *Priv. et hyp.*, n. 1298.

suivant et le saisi, liés à la saisie, ils y sont *intéressés*, dans le sens de l'art. 743. Aussi ce même article, 3ᵉ alinéa, réclame-t-il, pour qu'à ce moment la conversion puisse être obtenue, le consentement de *tous les créanciers*, outre celui du poursuivant et du saisi. L'art. 745 exige, dans le même but, que la requête tendant à la conversion soit signée « par les avoués de *toutes les parties* ». C'est donc un consentement unanime que veut la loi.

Or, si les créanciers inscrits s'entendent tous avec le saisi et le poursuivant pour demander la vente volontaire de l'immeuble, ils consentent, par le fait même, à ce que leurs droits sur l'immeuble soient purgés par cette vente. Ce consentement n'est autre chose que l'exercice même du droit de contrôle et de surveillance que la loi leur accorde sur la réalisation de leur gage. Ils ne le donneront qu'en parfaite connaissance de cause, conscients de ses suites, libres qu'ils seraient de laisser, au contraire, si tel était leur avantage ou leur volonté, la saisie suivre son cours.

Et d'ailleurs, après que la conversion a été accordée par le Tribunal, les créanciers sont là pour veiller à la sauvegarde de leurs intérêts, lors de la fixation du prix. Ces intérêts ne sont pas plus en péril que si l'aliénation était faite par expropriation forcée. Une grande publicité, celle des art. 958, 959 et 960 C. pr. civ., publicité qui ressemble fort à celle des art. 696 et suiv., est organisée pour que les enchères se fassent au grand jour, devant le tribunal ou le notaire désigné, et que l'immeuble puisse atteindre son véritable prix. En outre, l'art. 965, comme l'art. 708, ouvre à toute personne le droit de surenchérir du sixième dans les huit jours suivant l'adjudication.

Il est donc tout naturel qu'une telle vente, faite en présence des créanciers, sur leur demande, selon une forme leur

donnant toute garantie, produise, au point de vue de la purge, les mêmes effets que ceux édictés par l'art. 717 pour le jugement d'adjudication sur expropriation forcée.

Nous devons conclure que lorsque la conversion a lieu après l'accomplissement régulier des formalités de l'art. 692, la vente à laquelle elle aboutit opère la purge des charges hypothécaires grevant l'immeuble, sans qu'il y ait à réserver les hypothèques dispensées d'inscriptions, les créanciers auxquels elles profitent devant recevoir des notifications au même titre que les créanciers inscrits et donner à la conversion leur consentement.

La distinction que nous avons faite entre la conversion antérieure et celle postérieure aux notifications n'est d'ailleurs pas arbitraire. Le législateur lui-même l'a indiquée, lors des travaux préparatoires de la loi du 8 juin 1841 : « On vendra, » dans le cas de conversion après saisie immobilière, disait » Pascalis, rapporteur à la Chambre des députés, le 9 juin » 1840, suivant les formes prescrites pour les biens des » mineurs; mais l'adjudication qui se fera selon ces formes » aura, relativement aux créanciers inscrits [1], un résultat » différent, suivant que la conversion aura été consentie » avant ou après la sommation qui doit être donnée à ces » créanciers, dans la procédure en saisie immobilière, afin » qu'ils assistent à la publication du cahier des charges. La » conversion datera-t-elle d'une époque antérieure à cette » sommation? Les créances inscrites ne se trouveront pas » purgées. Si l'abandon de la poursuite en expropriation » forcée n'a été consentie, au contraire, qu'après l'appel de

[1] Si Pascalis ne parle pas des créanciers dispensés d'inscription et non inscrits, c'est parce que, nous le savons, à cette époque, ces créanciers restaient en dehors des formalités de l'art. 692 et leurs droits ne pouvaient par suite être purgés, état de chose que la loi de 1858 a modifié.



» ces créanciers ; avertis dès cet instant, ils ont pu veiller à » leurs droits. L'adjudication éteindra donc leurs hypothè- » ques ; car, il ne faut pas le perdre de vue, c'est bien moins » l'adjudication qui purge les hypothèques inscrites, que » la mise en demeure de ceux auxquels elles appartien- » nent » (1).

Les autorités citées plus haut sont unanimes dans ce sens (2) et la jurisprudence a accepté cette solution (3).

SECTION III

EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

Ce serait ici le lieu d'étudier la vente forcée opérée conformément à la loi du 3 mai 1841. Mais notre sujet est délimité de telle sorte que cette question d'ordre administratif n'y rentre pas.

Qu'il nous suffise d'indiquer que l'art. 17 de cette loi est formel ; il déclare que l'immeuble est affranchi de tous privilèges et hypothèques par le jugement d'expropriation dûment transcrit.

Pour que ce résultat, nécessaire en des matières où l'intérêt social est manifestement en jeu, puisse être obtenu, la loi, afin de donner toutes garanties aux créanciers, a organisé une série de mesures qui convergent vers ce but : les appeler à la procédure, les faire intervenir à l'expropriation en temps opportun.

Mais « la surenchère qui serait la conséquence de la purge » serait absolument contradictoire avec le but de l'expropria-

(1) Chauveau sur Carré, V, 1re partie, p. 84.

(2) *Adde* D., *J. G.*, *Priv. et hyp.*, n. 2044 à 2048, *Sup.*, *eod. v°*, n. 1298.

(3) Dijon, 4 mars 1847, D., 54. 2. 60. — Orléans, 23 oct. 1888, D., 90. 2. 245. — Trib. Châtillon-sur-Seine, 5 juin 1894, *La Loi*, 15 juil. 1894.

» tion, puisqu'elle enlèverait l'immeuble à l'administration » qui entreprend des travaux d'utilité publique et rendrait » peut-être ces travaux impossibles » [1].

Aussi les créanciers, avertis par la publicité qui entoure ces expropriations, peuvent-ils, en compensation de leur droit de surenchère, intervenir devant le jury lors de la fixation de l'indemnité qui, dans le patrimoine de leur débiteur, représentera leur gage (loi de 1841, art. 21 § 2) ou, s'il s'agit de cessions amiables, demander que cette indemnité soit fixée par le jury (art. 17, § 3).

C'est donc à raison de l'avertissement donné à tous les créanciers, avertissement qui pourrait être cependant plus efficace, de la présence de tous ceux qui sont quelque peu vigilants à la détermination de la valeur de l'immeuble, et en considération d'un intérêt public capital, que le jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique purge de plein droit les charges grevant l'immeuble.

Ce cas rentrerait donc dans l'application de notre première règle [2].

APPENDICE

Nous devons ajouter à notre chapitre premier quelques explications relatives à la purge de l'hypothèque légale de la femme, dans le cas de la loi du 13 février 1889.

Le premier alinéa de l'article unique de cette loi s'exprime ainsi : « La renonciation par la femme à son hypothèque » légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette

(1) Colmet de Santerre, IX, n. 169 *bis*, XX, p. 399.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2367 à 2370, p. 567 s.; Aubry et Rau, III, § 293 *bis*, p. 498 et note 3; Dalmbert, n. 52, p. 61 et 66 à 70, p. 90 s.; Colmet de Santerre, *loc. cit.;* D., *J. G., Priv. et hyp.*, n. 2049 s.; *Supp., Priv. et hyp.*, n. 1305 s.



» hypothèque en emporte l'extinction et *vaut purge*, à partir, » soit de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renon- » ciation y est contenue, soit de la mention faite en marge » de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation » a été consentie par acte authentique distinct ».

Comme pour les aliénations faisant l'objet de notre premier chapitre, la purge résulte ici, de plein droit, de la participation du créancier à l'aliénation.

En effet, la femme, par le concours effectif qu'elle a donné à la vente d'un immeuble sur lequel portait son hypothèque, par sa renonciation au profit de l'acquéreur aux droits qu'elle avait sur l'immeuble, a perdu son droit de suite.

Dans la vente sur saisie immobilière, les créanciers perdaient ce même droit, parce qu'ils avaient été appelés à la procédure et que cette présence équivalait à une renonciation tacite.

Ici, il doit en être de même *à fortiori*, puisque la renonciation de la femme est expresse et contenue dans un acte authentique.

Les mots « *vaut purge* » employés par le législateur s'expliquent donc fort bien. L'action de la femme contre l'immeuble est transformée en une action sur le prix. L'acquéreur reçoit un immeuble libéré de l'hypothèque légale et il serait superflu de remplir les formalités des art. 2194 s. C. civ.

La femme garde son droit de préférence sur le prix. Notre loi le déclare formellement.

Il est inutile d'entrer dans de plus longs détails. Nous avons voulu simplement signaler ce cas, puisqu'il est encore une application de notre première règle (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n. 1141 s.; D., *J. G.*, *Sup.*, vº *Priv. et hyp.*, n. 658 s.

CHAPITRE II

ALIÉNATIONS OPÉRANT DE PLEIN DROIT LA PURGE PAR APPLICATION DE LA RÈGLE : « SURENCHÈRE SUR SURENCHÈRE NE VAUT ».

Nous avons déjà signalé d'une façon sommaire le retentissement que la règle « *surenchère sur surenchère ne vaut* » avait en matière de purge.

Avant d'examiner en détail les aliénations qui, par suite de ce principe, opèrent de plein droit la libération de l'immeuble, nous devons rappeler les bases mêmes de la prohibition formulée dans cette maxime bien connue.

Nous ne saurions mieux faire que de citer ici les paroles de M. Persil, rapporteur à la Chambre des pairs du projet de loi qui devint la loi du 2 juin 1841. C'est d'ailleurs des modifications introduites alors par le législateur dans le code de procédure civile que date la formule nette dans la loi de la prohibition qui nous occupe :

« La présomption de droit est et doit être qu'après la » surenchère, qui a mis tous les intéressés en présence, l'im» meuble a été porté à sa véritable valeur ». « Ce n'est pas » pour jouer ridiculement avec l'instabilité de la propriété » que l'on attaquerait coup sur coup les droits d'un adjudi» cataire ; il faut que ce concours d'adjudication ait une fin. » On ne peut vouloir qu'une chose dans l'intérêt des proprié» taires comme des créanciers ; c'est porter le prix d'un » immeuble à sa juste et véritable valeur ; et quand, par une » double adjudication, on a deux fois subi la chaleur des

» enchères, il est juridiquement probable, il est certain, que » le prix correspond à la valeur de l'immeuble, s'il ne l'a » dépassée. Après cela, admettre encore une surenchère, ce » serait outrer la mesure et s'éloigner, au grand détriment » de tous, d'une fixation de prix que nul n'avait intérêt à » contrôler » (1).

C'est la même idée que M. Pascalis, à la Chambre des députés, résumait en disant : « Il demeure bien entendu que » la surenchère n'aura jamais lieu qu'une fois... Une seconde » procédure en surenchère ne servirait plus qu'à troubler la » foi due à la propriété » (2).

En un mot, il est nécessaire d'en finir, de fixer la propriété et, par ce moyen, d'attirer les enchérisseurs en leur donnant toute confiance, alors que les créanciers auront obtenu toute satisfaction par une surenchère.

C'est pour ces motifs que le législateur a posé, pour toutes les ventes judiciaires, la règle *d'ordre public* « après une » surenchère, aucune autre surenchère des mêmes biens ne » sera possible » (3), contre laquelle ne saurait prévaloir l'intérêt des créanciers. La loi considère qu'à l'égard de tous, la valeur de l'immeuble est définitivement fixée; que, par suite, la surenchère de l'art. 2185 C. civ. n'a plus d'objet; que la purge dont elle est le but est désormais inutile.

L'adjudication intervenue sur une surenchère prive donc les créanciers de leur droit de suite qui est remplacé par un droit sur le prix établi par cette double enchère. Elle purge ainsi de plein droit, d'une manière indirecte si l'on peut dire, les privilèges et hypothèques grevant l'immeuble.

Telle est la règle certaine posée par la loi en termes for-

(1) Chauveau sur Carré, V, p. 45 et 49.

(2) *Ibid.*, p. 85.

(3) D., *J. G.*, *Suppl.*, vº *Surenchère*, n. 30; Pont, *Priv. et hyp.*, II, n. 1349, p. 614.

mels [1]. Nous examinerons plus tard si le législateur n'a pas ainsi dépassé son but, ou plutôt s'il n'avait pas un moyen de remédier aux dangers résultant d'un tel principe, dangers dont nous apprécierons mieux l'importance après avoir étudié, comme nous allons le faire tout d'abord, les cas d'application de notre règle.

Nous devons faire auparavant une observation générale.

Il s'agit ici uniquement, bien entendu, des ventes judiciaires qui, par elles-mêmes, n'opèrent pas la purge. Ce n'est pas la vente, c'est seulement, dans notre hypothèse, la survenance d'une surenchère aboutissant à une nouvelle adjudication qui produit un tel résultat.

Sous le bénéfice de cette observation, examinons, au point de vue qui nous occupe, les diverses ventes judiciaires susceptibles de surenchère.

Deux sortes de surenchères sont possibles : la surenchère du sixième et la surenchère du dixième [2]. Etudions successivement les adjudications intervenant sur chacune d'elles. Ce qui va être dit s'appliquera uniquement aux hypothèques inscrites ; les hypothèques légales non inscrites feront l'objet d'une section particulière.

SECTION PREMIÈRE

ADJUDICATIONS SUR SURENCHÈRE DU SIXIÈME

La surenchère du sixième se distingue surtout de la surenchère du dixième en ce qu'elle n'est pas réservée, comme

(1) Garsonnet, IV, § 726, p. 323 ; Dalmbert, n. 45, p. 52, et n. 62 s., p. 84 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2330 ; Colmet de Santerre, IX, n. 169 *bis*, XIX, p. 398 ; Aubry et Rau, III, § 293 *bis*, p. 498 et note 8 ; D., *J. G.*, *Suppl.*, *Priv. et hyp.*, n. 1296.

(2) Nous indiquerons seulement la surenchère toute spéciale de l'art. 573 C. co.



celle-ci, à une catégorie de personnes, aux créanciers hypothécaires : « Toute personne », dit la loi à plusieurs reprises, est admise à faire une surenchère du sixième.

Elle est possible dans plusieurs cas, après toutes les ventes en justice d'une manière générale.

Nous n'avons pas à parler de la vente sur saisie immobilière, qui, nous le savons, est susceptible de surenchère du sixième (art. 708 C. pr. civ.), sans l'être de la surenchère du dixième. Cette vente, indépendamment de toute surenchère, opère la purge de plein droit, par suite de la présence des créanciers hypothécaires.

Mais d'autres ventes en justice, ayant le caractère de ventes volontaires, sont susceptibles de la surenchère du sixième. Ce sont : 1° la vente de biens immeubles appartenant à des mineurs ; 2° celle de biens dépendant d'une succession bénéficiaire ; 3° celle d'immeubles dotaux ; 4° l'adjudication sur licitation ; 5° la vente sur conversion de saisie avant l'accomplissement des formalités de l'art. 692.

Toutes ces aliénations, lorsqu'elles ne sont pas suivies de surenchères, rendent nécessaires, si l'acquéreur veut libérer son immeuble, les formalités de la purge organisées par l'art. 2183 et s. C. civ. Mais chacune d'elles mérite un court examen spécial, au point de vue de la situation des créanciers hypothécaires, dans le cas où il y a eu surenchère, le seul dans lequel ces ventes puissent opérer la purge de plein droit.

I. *Vente de biens immeubles appartenant à des mineurs ou à des interdits.*

Le titre VI (liv. II de la 2e part.) du code de procédure civile édicte la marche à suivre pour arriver à l'aliénation de ces biens. La vente est ordonnée par le tribunal sur avis des parents. Elle peut avoir lieu, soit devant un juge à l'audience des criées, soit devant un notaire commis (art. 953-954 C. pr.

civ.). De même qu'en matière de saisie immobilière, un cahier des charges est rédigé et déposé, au greffe du tribunal, ou dans l'étude du notaire désigné. La même publicité au moyen de placards et d'insertions dans les journaux est aussi faite pour appeler aux enchères le plus possible d'enchérisseurs. Quant aux formes de l'adjudication elle-même, il est simplement renvoyé au titre de la saisie immobilière.

De grandes analogies existent, on le voit, entre les deux procédures. De profondes différences les séparent cependant.

Remarquons, en premier lieu, cela est intéressant, que la réalisation des biens d'un débiteur sur la poursuite du créancier, est faite dans l'intérêt du créancier ou des créanciers, au préjudice du débiteur saisi. La réalisation des biens du mineur, tout au contraire, est faite, sur l'avis des parents, en dehors de toute poursuite; c'est une vente volontaire profitant uniquement au mineur.

Le législateur, dans l'organisation de la procédure tendant à ces deux sortes d'aliénations, n'a pu perdre de vue bien évidemment la distinction des buts poursuivis.

A cette idée se rattachent les différences que nous avons à signaler.

Une publicité est faite autour de la vente des biens des mineurs; mais elle ne tend pas à avertir les créanciers. Elle doit profiter surtout au mineur, qui verra, grâce à cette publicité, son immeuble atteindre sa valeur maxima.

Et surtout, au titre VI, aucune disposition ne rappelle celles de l'art. 692. Les créanciers ne reçoivent pas la moindre notification, le moindre appel, le moindre avertissement. Au lieu d'être liés à la procédure, ils y restent absolument étrangers. Si la publicité les touche par hasard, ils en profiteront, et sans être légalement à la procédure, sans pouvoir

introduire au cahier des charges des modifications, ils pourront au moins surveiller l'adjudication, enchérir au besoin, surenchérir s'ils le veulent comme toute autre personne.

La vente que nous étudions ne pouvait donc opérer la purge. C'eut été méconnaître d'une maniére absolue le droit de suite des créanciers hypothécaires.

Or, après une telle vente, l'art. 965 le déclare, « toute » personne pourra faire une surenchère du sixième ». C'est là encore certainement une mesure introduite en faveur du mineur : le législateur ne se préoccupe pas des créanciers qui, devant une aliénation de ce genre, sont protégés par les art. 2183 s. C. civ.

Et voici que, sur cette surenchère du sixième, l'immeuble du mineur a été revendu, et la même publicité a entouré la revente. Deux fois, un grand concours d'enchérisseurs s'est présenté; deux fois le plus fort enchérisseur a été déclaré adjudicataire sans que personne ait cru pouvoir attribuer à l'immeuble une valeur plus grande : c'est suffisant, dit la loi; il est temps que la propriété se fixe sur la tête de quelqu'un; le prix est déterminé définitivement à l'égard de tous; personne, même parmi les créanciers, ne pourra désormais remettre ce prix en question. C'est cela que dit en termes bien formels le deuxième alinéa de l'art. 965 : « Lorsqu'une » seconde adjudication aura eu lieu après la surenchère » ci-dessus, *aucune autre surenchère* des même biens ne » pourra être reçue ».

Sans apprécier pour le moment une telle disposition, bornons-nous à constater que l'application de la règle « surenchère sur surenchère ne vaut » rend ici désormais inutile la procédure de purge. A quoi servirait-elle puisque, aux notifications qui leur seraient faites, les créanciers ne pourraient répondre que par l'acceptation du prix de l'adjudication ? Il

est vrai que ces notifications auraient peut-être quelque utilité pour faire connaître aux créanciers l'aliénation qu'ils ignorent et les mettre en mesure de provoquer l'ouverture de l'ordre, en vue de la distribution du prix qui doit leur être faite. Cette utilité, indiquée par le rapporteur de la loi de 1841 à la Chambre des députés [1], est-elle suffisante pour motiver les formalités de l'art. 2183 C. civ., alors surtout que l'adjudicataire, débiteur du prix, est là pour provoquer l'ouverture de l'ordre ? Nous ne le croyons pas. Quoi qu'il en soit, par application de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut », et spécialement de l'art. 965, 2e alinéa C. pr. civ., il est certain que le droit de suite des créanciers est éteint par l'adjudication de biens de mineurs sur surenchère du sixième et reporté sur le prix. La purge est opérée de plein droit, dès que cette adjudication est définitive [2].

II. *Vente d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire ou vacante.*

Les art. 981 à 996 C. pr. civ. s'occupent de la procédure à suivre pour la vente d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire et l'art. 1001 renvoie, pour le cas de succession vacante, à ces mêmes articles.

L'héritier bénéficiaire peut obtenir l'autorisation de procéder à la vente d'immeubles dépendant de la succession. Le tribunal du lieu d'ouverture de la succession décide s'il y a lieu de faire droit à la demande de l'héritier et, dans le cas où la vente est autorisée, elle doit être faite selon les formalités que nous venons de résumer, prescrites pour la vente des immeubles appartenant à des mineurs (art. 988 C. pr. civ.). C'est la même procédure. Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent s'applique donc ici.

[1] Chauveau sur Carré V, art. 965, p. 360.

[2] V. autorités citées *supra*. — *Adde* Garsonnet, VII, § 1423, p. 146.

L'art. 965 C. pr. civ. notamment trouve dans ce cas son application et la surenchère du sixième qu'il autorise rend impossible toute autre surenchère. Les créanciers du *de cujus* restent étrangers à la vente mais, s'il y a surenchère, le prix est néanmoins pour jamais fixé à leur égard comme à l'égard de tous et ils n'ont plus de droit que sur le prix, toujours par application de notre règle.

L'art. 991 C. pr. civ. déclare que le prix de l'immeuble sera distribué suivant l'ordre des privilèges et hypothèques. C'est le droit commun.

III. *Ventes d'immeubles dotaux.*

Les immeubles dotaux peuvent, dans certains cas limitativement prévus par les art. 1555 et s. du code civil, être hypothéqués ou aliénés.

L'art. 997 C. pr. civ., 2e et 3e alinéas, indique la marche à suivre pour leur aliénation. C'est la même encore que celle édictée par la vente des biens appartenant à des mineurs.

C'est toujours une vente volontaire, réalisée hors la présence des créanciers. Mais, s'il y a surenchère du sixième, la purge des hypothèques qui peuvent être inscrites sur les immeubles dotaux est opérée de plein droit par l'adjudication intervenant sur cette surenchère, toujours pour la raison déjà signalée.

IV. *Vente sur licitation.*

Le tribunal peut ordonner la licitation d'immeubles à partager. L'art. 972 C. pr. civ. prescrit encore dans ce cas les formalités de la vente des biens des mineurs. L'art. 973, dernier alinéa, ajoute : « Dans les huit jours de l'adjudication, toute » personne pourra surenchérir d'un sixième du prix princi- » pal, en se conformant aux conditions prescrites par les art.

» 708, 709 et 710. Cette surenchère produira le même effet » que dans les ventes de biens de mineurs ».

Il est donc renvoyé expressément, par deux fois, ce qui semble inutile, à la règle « surenchère sur surenchère ne vaut » exprimée dans l'art. 710, comme au titre de la vente de biens de mineurs (art. 965.) Le législateur affirme ainsi de la manière la plus énergique sa volonté absolue de prohiber toute surenchère après celle du sixième, suffisante pour déterminer sans recours la valeur de l'immeuble.

Signalons ici un cas spécial.

Au résultat de la vente sur licitation, après une surenchère du sixième, un héritier pur et simple du *de cujus* s'est rendu adjudicataire de l'immeuble hypothéqué faisant partie de la succession. Cette adjudication sur surenchère a-t-elle pu purger l'immeuble à son profit, comme elle l'eût fait au profit d'un étranger?

Non certainement, car la licitation a fait remonter son droit au jour même du décès du *de cujus*. L'héritier adjudicataire est donc l'ayant cause direct, le continuateur du *de cujus*. Il est tenu de ses obligations. Il n'est pas *tiers détenteur*, *nouveau propriétaire,* au sens des art. 2181 et 2183 C. civ. Il ne jouit pas de la faculté de purger plus que n'en jouissait son auteur [1]; par suite la purge ne peut être opérée à son profit par l'adjudication [2].

Il n'en serait pas de même d'un héritier bénéficiaire, adjudicataire sur licitation. Celui-ci possède, en effet, l'immeuble, non en qualité d'héritier, mais en qualité d'adjudicataire, d'acquéreur : il est tiers détenteur, il peut purger [3];

[1] Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2353, p. 577; Dalmbert, n. 106 B., p. 149; Colmet de Santerre, IX, n. 169 *bis*, VI, etc.

[2] Dalmbert, n. 63 *bis*, p. 85.

[3] V. la controverse sur ce point. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *ibid.*, n. 2355, p. 556; Dalmbert, n. 106 *bis*, p. 50.



la purge peut donc lui profiter si elle est opérée, comme dans notre hypothèse, par une adjudication sur licitation suivie de surenchère du sixième.

V. *Ventes sur conversion de saisie avant l'accomplissement des formalités de l'art. 692 C. pr. civ.*

Nous connaissons déjà l'art. 743 C. pr. civ. qui autorise, sous certaines conditions, au cours d'une saisie, les parties intéressées à demander que la vente soit faite conformément aux règles établies pour les ventes de biens de mineurs. Nous savons aussi que lorsque la conversion intervient avant que les sommations de l'art. 692 aient été faites aux créanciers hypothécaires, l'adjudication sur conversion ne suffit pas à purger les droits de ces derniers, étrangers à la procédure, n'ayant pas consenti à la conversion.

Mais puisque cette adjudication a été faite, comme le veut l'art. 743, dans les formes requises pour l'adjudication des biens appartenant à des mineurs, elle est, comme cette dernière, susceptible d'une surenchère du sixième (art. 965).

Et s'il y a surenchère, l'adjudication nouvelle est définitive, par application de la règle « surenchère sur surenchère ne vaut ». L'adjudicataire n'est pas obligé, s'il veut se mettre à l'abri des poursuites des créanciers, de remplir les formalités des art. 2183 et suiv. C. civ.

Nous rencontrons ici un arrêt de la cour d'Amiens, en date du 17 mai 1851, dont il est intéressant de discuter les théories qui semblent se rattacher aux idées émises au sein du Parlement lors des travaux préparatoires de la loi du 8 juin 1841.

Voici l'espèce : une saisie immobilière a été convertie en vente volontaire avant l'accomplissement des formalités de l'art. 692 C. pr. civ., par conséquent sans l'adhésion des

créanciers. L'adjudication intervenue sur la conversion, conformément à l'art. 965 C. pr. civ., a été suivie d'une surenchère du sixième et d'une nouvelle adjudication. C'est bien notre hypothèse. Or, voici les motifs de l'arrêt :

« Attendu que s'il résulte de la combinaison des art. 743 et » 965 C. pr. civ. qu'après cette surenchère, celle du dixième » n'est plus possible, il n'en résulte pas que le droit de suite, » qui est complètement distinct et indépendant du droit de » surenchère soit éteint et que les créanciers n'aient plus » qu'un droit de préférence sur le prix ; qu'il suffit, pour être » convaincu du contraire, de se reporter aux discussions qui » ont précédé le vote de la loi du 2 juin 1841, discussions » desquelles il résulte que le droit de suite doit continuer » tant que les notifications prescrites par l'art. 2183 C. civ., » n'ont pas été faites aux créanciers qui jusque-là doivent » profiter des améliorations faites à l'immeuble hypothéqué, » et des excédents de valeur des ventes et reventes faites par » les acquéreurs successifs ; que c'est donc à tort que, dans » l'opinion contraire, on prétend que, par suite de la suren- » chère, le prix étant devenu invariable au regard des créan- » ciers, le droit de ceux-ci doit se borner à la préférence sur » le montant du prix ; que cette opinion est contraire à l'in- » tention du législateur qui n'a pas voulu compromettre la » position des créanciers en faisant naître le purgement vir- » tuel de leurs droits d'une circonstance à laquelle il a voulu » qu'ils restassent étrangers ; que le surenchérisseur a donc » eu tort, dans ce cas, de ne pas profiter des avantages que » sa position pouvait lui donner, en distribuant aux créan- » ciers le prix de son adjudication ; qu'en transmettant à » autrui l'immeuble par lui acquis sans user de ce bénéfice, » il a transmis avec cet immeuble l'intégralité des droits qui » le grevaient ; qu'à lui seul est le tort ; que les créanciers,

» qui, dans l'espèce, n'ont été avertis que par la notification » faite par Bernard ([1]), ont trouvé leur gage entre ses mains ; » que ce gage se trouve, quant à eux, représenté par le prix ; » que la surenchère intermédiaire ne peut leur être opposée » que tardivement et qu'ils ont droit à l'intégralité de ce » prix ; que c'est déjà beaucoup, trop peut-être, que, dans » un cas donné, le législateur ait placé le créancier dans » l'impossibilité de profiter de la valeur complète de son » gage, sans étendre cette impossibilité aux cas non spéciale- » ment prévus ; attendu qu'il résulte de ce qui précède que, » dans l'espèce actuelle, les droits des créanciers n'ont pas » été épuisés ; qu'ils subsistent dans toute leur plénitude sur » l'immeuble qui se trouve aujourd'hui entre les mains de » Bernard ; que c'est donc à tort qu'il a été fait deux masses » de ce prix » ([2]).

La cour d'Amiens reconnaît donc que toute surenchère est impossible. Mais elle admet que le droit de suite est indépendant du droit de surenchère, qu'il existe et s'exerce sur le prix intégral de la revente consentie par l'adjudicataire ; que, pour éviter les suites de l'exercice de ce droit, le nouvel adjudicataire devait faire les notifications de l'art. 2183 avant de revendre l'immeuble ; que ne l'ayant pas fait, il doit voir, sans se plaindre, les créanciers réclamer tout le prix de la revente, supérieur dans l'espèce à celui de l'adjudication.

C'est bien méconnaître, semble-t-il, ce principe posé par l'art. 965 en application de la maxime : « Surenchère sur surenchère ne vaut », qu'à l'égard des créanciers, la valeur de l'immeuble est définitivement fixée par l'adjudication sur surenchère, valeur dont ils devront se contenter, quoi qu'il

([1]) Acquéreur de l'adjudicataire sur surenchère.
([2]) D. P., 54. 2. 60, S., 51. 2. 344.

arrive par la suite, puisque tous leurs droits sont reportés sur le prix qui la représente aux yeux de tous.

L'idée première de la théorie consacrée par cet arrêt nous paraît être dans la discussion sur les art. 963 à 965 C. pr. civ., qui s'éleva à la Chambre des députés, entre le rapporteur de la loi du 2 juin 1841, MM. Dusollier et Martin. Nous la trouvons notamment dans ces paroles du rapporteur : « La commission a pensé que le droit de *surenchère, non pas* » *le droit hypothécaire, remarquez-le bien*, que le droit de » surenchère des créanciers inscrits pourrait disparaître » (¹), et dans celles-ci du même rapporteur, alors qu'on lui demandait quelle serait désormais l'utilité des notifications : « Ces » notifications ont un double objet : celui de donner aux créan- » cier inscrits le droit de surenchérir. Si la surenchère du » sixième a eu lieu, ce motif disparaît à la vérité, mais *il en* » *reste un second*, et les *notifications ont encore pour objet de* » *faire connaître l'adjudication qui a eu lieu aux créanciers* » *inscrits*, afin qu'ils puissent venir provoquer l'ordre et se » rendre poursuivants dans la distribution du prix » (²)...

La cour d'Amiens a vu dans ces paroles l'intention du législateur de laisser subsister le droit de suite des créanciers malgré la défense de surenchérir qui leur était faite. Le rapporteur semblait dire en effet que la purge était encore nécessaire à l'égard de ce qu'il appelait « *le droit hypothécaire* », distinct du droit de surenchère. Il allait jusqu'à penser que les notifications avaient un autre objet que de mettre les créanciers inscrits en demeure de surenchérir.

Mais doit-on voir dans ces discussions, toujours obscures, l'expression de la volonté du législateur ?

Le même rapporteur ne disait-il pas d'ailleurs immédiate-

(¹) Chauveau et Carré, V, p. 358.
(²) *Ibid.*, p. 360.

ment après les premières phrases ci-dessus rappelées : « La » commission a pensé que la surenchère du dixième qui appar- » tient à chaque créancier inscrit ne serait plus autorisée, » *puisqu'il y a eu deux adjudications publiques l'une sur l'au-* » *tre, et qu'il n'est nullement présumable que ces deux adju-* » *dications n'ont pas fait atteindre à l'immeuble son véritable* » *prix* » ? C'est bien, à nos yeux, la condamnation de la théorie de la cour d'Amiens ; c'est-à-dire que la valeur de l'immeuble est présumée par la loi atteinte ; que le prix est fixé au regard des créanciers ; que par suite, s'il est dépassé lors d'une revente, ces derniers ne sauraient profiter de l'excédent. C'est une présomption légale, contre laquelle un simple fait ne saurait prévaloir. Les droits des créanciers définitivement cantonnés par une disposition législative basée sur une telle présomption ne sauraient reprendre leur extension à la suite d'un fait, tel qu'une revente, postérieur à ce cantonnement.

Quant à l'objet secondaire des notifications à fin de purge, indiqué par le rapporteur, il nous semble contraire à l'art. 2185 C. civ. Cet article, en effet, déclare nettement que chaque fois que les créanciers recevront les notifications, ils pourront surenchérir. Pas de notifications si la surenchère n'est pas possible [1]. On peut considérer le motif imaginé par le rapporteur comme une réponse au défi qu'en ces termes venait de porter M. Dusollier : « Je défie à qui que » ce soit, dans cette chambre, d'indiquer un but sérieux aux » notifications de l'art. 2185, autre que la possibilité et le » droit pour les créanciers inscrits de surenchérir du » dixième » [2]. Remarquons, au surplus, que l'ordre sera provoqué par l'adjudicataire ; il y a intérêt, puisqu'il est

[1] Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2426, p. 651 ; *ibid.*, n. 2380, p. 605.
[2] Chauveau sur Carré, V, p. 359.

tenu de payer, sous peine de folle enchère ouverte à tout intéressé; cela est suffisant, et les créanciers seront appelés dans les formes de l'art. 751 C. pr. civ. (V. aussi art. 777).

L'arrêt de la cour d'Amiens contient, d'ailleurs, une singulière contradiction : on y lit que le droit de surenchère des créanciers, le mode d'exercice incontestable de leur droit de suite, est éteint; puis la cour affirme plus loin que leurs droits, malgré l'adjudication sur surenchère, « *subsistent* » *dans toute leur plénitude sur l'immeuble* ».

Concluons donc, avec MM. Aubry et Rau [1], que « l'exclu- » sion de la faculté de surenchérir emporte virtuellement » conversion du droit de suite en un droit sur le prix d'adju- » dication et enlève aux créanciers la possibilité de réclamer » quoi que ce soit en sus de ce prix » [2]. La cour d'Amiens a commis une erreur certaine.

La purge est opérée de plein droit par l'adjudication sur surenchère du sixième après la vente sur conversion, et les créanciers ont toujours, contre l'adjudicataire qui ne paie pas, le droit de poursuivre la folle enchère sans se préoccuper des reventes successives (art. 964 qui renvoie aux art. 733 et suiv. C. pr. civ.). Telle est la volonté, maintes fois manifestée, du législateur.

VI. *Dans ces divers cas, les droits des créanciers sont-ils suffisamment sauvegardés ?*

Nous avons ainsi examiné successivement les diverses sortes de ventes volontaires en justice, susceptibles de suren-

[1] III, § 293 *bis*, p. 499, note 8.

[2] Dans le même sens, v. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2380-I, p. 605; D., *J. G.*, *Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1296. — V. Riom, 26 nov. 1892, D., 95. 2. 49, la note de M. Glasson, S., 94. 2. 105, et la note très complète de M. le conseiller Bouisson. — Rousseau et Laisney, *Suppl.*, v° *Vente jud. d'imm.*, n. 89 *quinquies*. — Trib. civ. de Rethel, 29 janv. 1890, *Gaz. Pal.*, 26 avril 1890.



chère du sixième et entraînant, après que cette surenchère a eu lieu, la purge des hypothèques inscrites sur l'immeuble.

Il est incontestable que si la surenchère du sixième est possible, celle du dixième, réservée aux créanciers hypothécaires, l'est aussi parallèlement. Il n'y aurait aucune raison de priver ces derniers d'un droit aussi essentiel pour eux après des aliénations qui « ne leur offrent pas plus de garantie » qu'une aliénation volontaire et ne leur donnent aucune cer- » titude que l'immeuble ait été adjugé à sa véritable valeur » (¹). La loi défend seulement, c'est ainsi que doit être entendue la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut », que ces deux surenchères se succèdent ; que si l'une a abouti à une nouvelle adjudication, l'autre puisse se produire. De là résulte (²) que si l'une des ventes judiciaires ci-dessus n'a pas été suivie de la surenchère du sixième, bien que le délai pour la faire soit expiré, l'adjudicataire, pour se mettre à l'abri de toutes poursuites des créanciers, doit leur adresser les notifications à fin de purge et provoquer ainsi de leur part la surenchère du dixième (³). C'est le principe que formulait le rapporteur de la loi du 2 juin 1841 en disant : « Dans les ven- » tes judiciaires volontaires, il n'y a pas affranchissement des » hypothèques inscrites » (⁴).

Cela est d'ailleurs de toute évidence ; mais l'observation qui vient d'être faite nous conduit naturellement à examiner si le législateur n'a pas dépassé son but en laissant la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut » préjudicier, dans une certaine mesure après des ventes ayant un tel caractère, au droit de suite des créanciers, droit « sacré » entre tous, ou si,

(¹) Garsonnet, VII, § 1423, p. 145.

(²) Garsonnet, *ibid.*, p. 146.

(³) Cass., 4 août 1835, D., *J. G.*, v° *Surenchère*, n. 22-1°. — Riom, 26 nov. 1892 D., 95. 2. 49. — Cf. D., *J. G.*, *Suppl.*, v° *Surenchère*, n. 28.

(⁴) Chauveau sur Carré, V, p. 358.

tout au moins, il n'avait pas un moyen de remédier à l'application de cette maxime. Les paroles du rapporteur que nous venons de citer avaient précisément pour but de répondre aux inquiétudes de deux députés, M. Dusollier et M. Martin.

Ces inquiétudes, qui semblent ne pas avoir impressionné le Parlement de 1841, qui, en tous cas, n'empêchèrent pas la loi d'être votée dans les termes formels que nous connaissons, ne sauraient disparaître, à notre avis, devant les motifs invoqués en faveur de la loi, et rappelés au début de notre chapitre.

Il ne faut pas oublier en effet que, dans les ventes des biens de mineurs qui sont le type de toutes celles que nous avons citées, les créanciers n'ont pas été appelés ; qu'il est procédé à l'adjudication sans leur intervention ; qu'ils ignorent toute la procédure, alors qu'ils habitent peut-être à une grande distance du bien vendu ; qu'ils ne peuvent contrôler la publicité faite, surveiller les enchères, enchérir au besoin. L'aliénation de leur gage sera peut-être le résultat d'une fraude, d'une collusion souvent impossible à établir. Un adjudicataire de mauvaise foi, par exemple, après une publicité faite souvent en pratique d'une façon illusoire, s'entendra peut-être avec un surenchérisseur fictif afin de rendre irrévocable l'adjudication ([1]). Et devant un prix qui semble légalement fixé, le créancier ne pourra rien faire : il ne connaîtra la vente que que bien longtemps après !

Si l'on ne veut pas prévoir la fraude, toujours possible cependant, combien peuvent se rencontrer de négligences, d'omissions, de la part de personnes souvent indifférentes au résultat de la vente, telles qu'un tuteur, un héritier bénéficiaire, ou encore le poursuivant d'une saisie convertie qui,

([1]) Cf. Discours de M. Martin à la Chambre des députés, Chauveau sur Carré, *ibid.*, p. 355.

vu le rang de son hypothèque ou le chiffre de sa créance, sait qu'il sera toujours désintéressé! On ne fera rien ou peu de chose pour attirer les enchérisseurs, et seuls pâtiront de cela les créanciers hypothécaires qui ont apprécié cependant leur gage à sa valeur, qui ont en mains un titre exécutoire, et qui ne pourront l'utiliser en présence d'une adjudication devenue sans eux définitive.

Ce danger nous paraît bien réel, et sans vouloir rejeter pour notre hypothèse l'application de la règle : « Surenchère sur surenchère »... qui, somme toute, a une base très rationnelle, il y aurait un moyen de tout concilier.

Ce moyen était indiqué en 1841 par M. Dusollier ([1]). « Je » propose, disait il, de les avertir (les créanciers inscrits) de » la vente de leur gage à une époque où ils auront encore » tout le temps de surveiller cette vente et de se précaution- » ner pour enchérir ou surenchérir, s'ils le jugent nécessaire » et si leur position le leur permet. Et comme l'art. 963 » porte que le subrogé-tuteur sera appelé à la vente et que » le jour, le lieu et l'heure de l'adjudication lui seront notifiés, » je demande que, dans les ventes des biens de mineurs, les » lieu, jour et heure de l'adjudication soient aussi notifiés » aux créanciers inscrits, s'il en existe. Il me semble que c'est » là un moyen conciliateur qui convient à tous, à ceux qui ne » veulent qu'une surenchère, et à ceux qui n'ayant pu en » faire consacrer deux, désirent d'autant plus que la seule » qui a été admise soit entourée de toutes les garanties néces- » saires ».

Ce moyen n'était autre chose, on le voit, que l'application du principe de l'art. 692 C. pr. civ. aux ventes volontaires faites en justice. L'amendement de M. Dussollier fut rejeté.

([1]) Chauveau sur Carré, V, p. 358.

Si le législateur venait enfin à adopter cette manière de voir, ce que nous souhaitons vivement, les intérêts de tous seraient sauvegardés, comme dans la vente sur saisie immobilière. Le mineur, l'héritier bénéficiaire, les colicitants, la femme dotale, le poursuivant d'une saisie convertie, d'une part; les créanciers hypothécaires, d'autre part, uniraient leurs efforts en vue de la réalisation, au plus haut prix, de l'immeuble vendu, et l'adjudicataire aurait, de son côté, toute sécurité, les formalités de la purge ayant été remplies, pour ainsi dire, par anticipation. Ajoutons que les frais ne seraient pas sensiblement augmentés.

De la sorte, toutes les ventes sous autorité de justice seraient faites en présence des intéressés, et la purge serait opérée *ipso jure,* comme par l'expropriation forcée, par suite de la participation des créanciers à la procédure. Ce serait beaucoup plus équitable, tous dangers se trouvant écartés, que de faire de cette purge, comme le fait la loi actuelle, la conséquence de la règle « surenchère sur surenchère »... règle qui cependant ne serait pas violée.

Un projet de loi a été présenté, au nom du Gouvernement, par M. Antonin Dubost, alors ministre de la justice, à la séance de la Chambre des députés, le 5 mai 1894. Ce projet fut renvoyé sans discussion à la Commission de la réforme judiciaire. Il avait pour titre « *Projet de loi portant révision du Code de procédure civile* » [1].

Malgré les progrès considérables qu'il réalisait, il ne fut pas discuté avant le renouvellement de la Chambre de mai 1898.

Aussi, à la séance du 26 octobre 1898, M. Sarrien, ministre de la justice, le déposa de nouveau, sans modification,

[1] *Journal officiel,* année 1894, Documents parlementaires de la Chambre, annexe, n. 596, p. 665 s.

sur le bureau de la Chambre [1]. Espérons, sans y compter, qu'avant la fin de la législature, le Parlement se décidera à le discuter.

Ce projet, au livre XIV de la 1re partie, simplifie la procédure de saisie immobilière, mais les sommations aux créanciers inscrits sont maintenues (art. 17-18) et, par suite, la purge est opérée par la « transcription du jugement d'adju- » dication » (art. 57).

Il est surtout intéressant, en ce qui touche les autres ventes judiciaires d'immeubles que nous venons d'examiner. Il donne satisfaction, pour ces ventes, au vœu que nous avons exprimé.

Il exige, en effet, la mise en cause de tous les créanciers hypothécaires, avant l'adjudication. C'est ce que décide l'art. 44 pour les ventes sur conversion de saisie intervenue avant les notifications, ajoutant que les significations ainsi faites aux créanciers « tiendront lieu... des formalités de » purge prescrites par les art. 2183 s., 2194 s. du Code civil ».

A la 2e partie (art. 12-13 du titre VI, livre II), la même procédure est déclarée applicable aux ventes d'immeubles appartenant à des mineurs. De même pour les ventes sur licitations (titre VII, art. 15). De même enfin pour les ventes d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire, d'une succession vacante, et pour celles d'immeubles dotaux (titre X, art. 1er et 3).

Toutes les ventes en justice se feraient donc enfin, d'après ce projet, en présence des créanciers ayant un droit de gage sur les immeubles vendus. Et, pour cela, la purge de leurs droits serait opérée de plein droit.

Mais revenons à l'étude de la loi qui nous régit.

[1] *Journal officiel*, année 1898, Documents, Chambre, annexe, n. 281, p. 162.

SECTION II

ADJUDICATIONS SUR SURENCHÈRE DU DIXIÈME

La surenchère du sixième n'est possible que dans les cas expressément prévus par la loi, à savoir, nous l'avons vu, après toutes les ventes judiciaires. La surenchère du dixième est ouverte aux créanciers hypothécaires et à eux seuls [1], après toute vente volontaire [2] suivie des formalités de la purge. Nous connaissons maintenant l'effet de la première sur les droits des créanciers inscrits : examinons celui de la deuxième.

La surenchère du dixième est, pour employer l'exacte expression de M. Dalmbert [3], « le correctif de la purge ». Nous avons eu l'occasion de dire qu'elle n'était ouverte aux créanciers qu'après les notifications des art. 2183 s. C. civ., notifications qu'elle ne peut précéder. C'est la réponse des créanciers hypothécaires à l'acquéreur lorsque les offres de celui-ci leur paraissent insuffisantes; c'est, en un mot, l'exercice de leur droit de suite sur l'immeuble.

L'art. 2185 C. civ. règle les conditions de cette surenchère dont les art. 832 s. C. pr. civ., à leur tour, prescrivent les formes.

Les créanciers hypothécaires, avisés par les notifications à fin de purge d'une aliénation de leur gage intervenue volontairement entre leur débiteur et l'acquéreur qui les met en demeure d'accepter le prix fixé en dehors d'eux ou de requé-

[1] Nous n'avons pas à parler ici de la surenchère du dixième spéciale de l'art. 573 C. com.

[2] Les règles que nous allons exposer s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, au donataire d'un immeuble qui veut libérer celui-ci des charges qui le grèvent, mais nous nous occuperons uniquement des aliénations à titre onéreux.

[3] N. 136, p. 224. — Cf. Garsonnet, VII, § 1401, p. 7.

rir une nouvelle aliénation sauvegardant leurs droits, estiment que ce prix ne représente pas la valeur de l'immeuble; ils demandent la revente en justice, se portant surenchérisseurs du dixième.

Cette revente, conformément à l'art. 2187 C. civ., a lieu « suivant les formes établies pour les expropriations forcées ». Les art. 836 et 837 C. pr. civ. se bornent à préciser certaines prescriptions spéciales, pour la publicité notamment, et renvoient purement et simplement, quant au surplus, au titre de la saisie immobilière. L'art. 838 rend applicables aussi les divers articles relatifs aux formes de l'adjudication elle-même; il n'exclut que la facilité de surenchérir du sixième, en s'abstenant de renvoyer aux art. 708, 709, 710 que nous connaissons déjà. Par cette exclusion, il applique la règle « surenchère sur surenchère »...

La vente sur surenchère du dixième est donc faite en présence de tous les créanciers avertis par les notifications de l'art. 2185 C. civ. : ils sont là pour en contrôler la procédure, pour surveiller les enchères qui en seront le terme. Cela suffirait pour qu'une telle aliénation opérât la purge de leurs droits, par application de notre première règle, semble-t-il. Mais il ne faut pas perdre de vue que cette aliénation est une revente, survenant après une vente à laquelle les créanciers étaient absolument étrangers. Remarquons en outre que, si elle purge les droits des créanciers sur l'immeuble, c'est autant en vertu de la règle « surenchère sur surenchère »... puisqu'elle intervient elle-même sur la surenchère du dixième, qu'en vertu de notre première règle. C'est pourquoi nous avons cru devoir examiner cette aliénation plutôt au chapitre second qu'au chapitre premier de notre travail.

Aux yeux de la raison, l'aliénation sur surenchère du dixième doit être définitive et purger les droits hypothécaires

grevant l'immeuble. Les créanciers ne sauraient demander une nouvelle fixation du prix, puisqu'ils concourent à celle-ci, qu'ils l'ont même provoquée. Ils ne peuvent prétendre à exercer deux fois leur droit de suite.

Aussi ne doit-on pas s'étonner de voir le législateur proclamer expressément un tel résultat. Il le fait dans l'art. 838 C. pr. civ., 6e alinéa, en disant : « L'adjudication par suite de » surenchère sur aliénation volontaire ne pourra être frappée » d'aucune autre surenchère », article que l'on aurait pu croire inapplicable en l'espèce, puisque l'adjudication qu'il vise est à la fois une première adjudication et une adjudication sur surenchère, l'aliénation sur laquelle elle intervient n'étant pas une vente judiciaire sauf dans les cas, relativement rares en pratique, des cinq sortes de ventes énumérées dans notre première section. Le législateur a cru que cela suffisait et il a eu raison, à nos yeux, puisque tous les intéressés sont présents et qu'en fait, il faut considérer l'aliénation volontaire qui a précédé la purge comme une première adjudication, les créanciers ayant été appelés à la contrôler.

Il résulte de cet alinéa de l'art. 838 que l'adjudication sur surenchère du dixième est absolument définitive, toute autre surenchère soit du sixième, soit du dixième étant exclue.

Mais l'art. 838 est encore plus formel. Il exprime bien mieux, au point de vue de l'extinction absolue du droit de suite, les véritables intentions du législateur dans son premier et son dernier alinéa, par lesquels il nous paraît répondre nettement aux préoccupations qui pourraient naître de la différence de rédaction des art. 838 et 717, différences que signalent MM. Colmet de Santerre (1), MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2).

(1) IX, n. 169 *bis*, XIX, p. 398.
(2) III, n. 2387, p. 616.

Il est vrai que l'art. 838, 6e alinéa, enlève aux créanciers la faculté de surenchérir, sans dire expressément, comme l'art. 717, que l'adjudication *purge* toutes les hypothèques. « Ne faut-il pas en conclure que dans notre hypothèse les » créanciers conservent leur droit de suite sur l'immeuble, » mais seulement dans la limite du prix d'adjudication, de » telle sorte que l'acquéreur ne sera libéré qu'en consignant » son prix ou en provoquant l'ouverture d'un ordre et en » payant les créanciers dans l'ordre ainsi déterminé? » (1).

Nous croyons que toute préoccupation doit disparaître, que tout vestige du droit de suite est anéanti.

L'art. 838, 1er alinéa, déclare en effet applicable l'art. 717 : il en adopte par conséquent la formule. C'est comme s'il disait : « l'adjudication sur surenchère du dixième purge » toutes les hypothèques et les créanciers n'ont plus d'action » que sur le prix ».

Mais alors, dira-t-on, quel besoin d'exprimer dans le 6e alinéa la prohibition de surenchère ?

Nous répondrons à cela en disant que ce 6e alinéa s'explique par le désir du législateur d'écarter expressément toute surenchère du sixième, comme du dixième, l'art. 710 qui édicte cette prohibition pour la saisie immobilière n'ayant pas été déclaré applicable à notre hypothèse. Quelque doute aurait pu subsister sans cette disposition formelle, l'adjudication sur surenchère du dixième n'ayant été précédée, nous l'avons dit, d'aucune adjudication, au sens propre du mot.

Au surplus, le dernier alinéa de l'art. 838 s'exprime ainsi : « Néanmoins, après le jugement d'adjudication par suite de » surenchère, la *purge* des hypothèques légales, si elle n'a » pas eu lieu, se fait comme au cas d'aliénation volontaire,

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

» et les droits des créanciers à hypothèques légales sont régis » par le dernier alinéa de l'art. 772 ». N'est-ce pas dire formellement, au moment même où il vient d'être renvoyé à l'art. 717, que cet article s'applique d'une manière absolue quant à la purge des hypothèques, sauf une réserve en ce qui concerne les hypothèques légales?

Cette disposition nous amène à examiner les effets des adjudications sur surenchères du sixième ou du dixième sur les hypothèques légales non inscrites grevant l'immeuble vendu. On se souvient en effet que nous avons restreint aux créanciers inscrits ce qui vient d'être dit dans ces deux premières sections.

SECTION III

EFFETS DES ADJUDICATIONS SUR SURENCHÈRES DU SIXIÈME OU DU DIXIÈME SUR LES HYPOTHÈQUES LÉGALES DISPENSÉES D'INSCRIPTION ET NON INSCRITES.

Nous venons de citer le dernier alinéa de l'art. 838 C. pr. civ. Il déclare formellement que, si elle n'a pas eu lieu avant l'adjudication sur surenchère du dixième, la purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites devra être faite par l'adjudicataire.

On sait que les formalités prescrites pour la purge de ces hypothèques par les art. 2193 s. C. civ. ne sont pas les mêmes que celles de la purge des hypothèques inscrites. Les bénéficiaires souvent inconnus des hypothèques légales dispensées d'inscription doivent, comme les autres créanciers hypothécaires, être avertis des aliénations de leur gage. Aussi l'art. 2194, complété par un avis du conseil d'Etat, du 1er juin 1807, organise-t-il une publicité spéciale. Le but de cette publicité est indiqué dans cet article : mettre en demeure les femmes, mineurs, interdits ou ceux qui doivent en leur

nom faire inscrire leurs hypothèques, de requérir inscription dans le délai de deux mois, sous peine de voir l'immeuble « passer à l'acquéreur sans aucune charge » (art. 2195), à l'expiration de ce délai.

L'art. 838 (dernier alinéa) prévoit donc l'hypothèse dans laquelle l'acquéreur sur aliénation volontaire aurait seulement accompli les formalités de la purge des hypothèques inscrites. Il serait inapplicable si la purge légale avait eu lieu parallèlement; dans ce cas, en effet, les créanciers à hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites seraient dans la même posture que les créanciers inscrits : tout ce que la loi ordonne ayant été fait pour les avertir, l'adjudication intervenue sur la surenchère du dixième formée par l'un des créanciers leur serait opposable et la purge de leurs droits serait opérée. Il ne saurait être question d'appliquer davantage cet alinéa aux créanciers dispensés d'inscription, mais inscrits, auxquels doivent être adressées les notifications de l'art. 2183, comme à tout créancier inscrit, et l'art. 838 suppose cette purge des hypothèques inscrites régulièrement opérée.

Mais, lorsqu'en conformité de l'art. 838 (dernier alinéa), l'adjudicataire sur surenchère du dixième aura rempli les formalités des art. 2193 s. C. civ. à l'égard des créanciers à hypothèques légales non inscrites, quels seront les droits de ces derniers? Pourront-ils, alors que ce droit est formellement refusé aux créanciers inscrits, surenchérir du dixième et poursuivre ainsi une nouvelle revente de l'immeuble? Ou bien auront-ils seulement un droit de préférence sur le prix?

L'art. 838 lui-même répond à cette question. Il déclare, nous l'avons vu, que l'adjudication sur surenchère du dixième ne pourra être frappé d'aucune autre surenchère. Est-il admissible qu'après une prohibition aussi formelle, faite sans

aucune réserve, le même article, dans l'alinéa suivant, ait entendu, par les termes que nous connaissons, apporter une exception à la règle : *Surenchère sur surenchère ne vaut?* Non assurément (¹).

Mais alors, dira-t-on, quel but le législateur a-t-il poursuivi en obligeant l'adjudicataire sur surenchère du dixième à remplir les formalités de la purge légale ?

Il est aisé de répondre à cette question dès que le but véritable des formalités des art. 2193 et s. C. civ. est connu. Nous avons dit à l'occasion que les notifications à fin de purge des art. 2183 et s., adressées aux créanciers inscrits, n'avaient d'autre but que de les mettre en demeure de surenchérir ou d'accepter simplement les offres de l'acquéreur. Ici il n'en est pas de même. Le but des mesures organisées par l'art. 2194 vient d'être indiqué : obliger à s'inscrire les créanciers dispensés d'inscription, bien plutôt que les mettre en demeure de surenchérir (²). Qu'ils se fassent connaître d'abord ! Tel est le vœu du législateur, et alors seulement ils formeront une surenchère, à condition que cela soit encore possible.

La règle « surenchère sur surenchère ne vaut » s'y oppose dans l'hypothèse de l'art. 838. Leur droit unique est indiqué par l'art. 772, dernier alinéa, auquel renvoie l'art. 838 *in fine*. Ils exerceront leur « *droit de préférence* sur le prix » sous certaines conditions. Il ne saurait plus être question par conséquent de droit de suite, de droit de surenchère.

De ce qui précède, il faut conclure que si la loi ordonne que la purge légale ait lieu après l'adjudication sur suren-

(¹) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2388, p. 617; Aubry et Rau, § 293 *bis*, p. 498, et note 7; Colmet de Santerre, IX, n. 183 *bis*, III, IV, V, p. 449; Dalmbert, n. 51, p. 60, note 3, D., *J. G., Sup.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1297. — *Contra* Ollivier et Mourlon, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, n. 249, p. 441.

(²) Garsonnet, VII, § 1419 et 1420, p. 121 s.

chère du dixième, si elle n'a pas eu lieu auparavant, c'est afin que les créanciers à hypothèques dispensées d'inscription et non inscrits fassent connaître leur existence et soient ainsi appelés à figurer à l'ordre et à recevoir, comme tous les autres créanciers hypothécaires, la part leur revenant sur le prix dû par l'adjudicataire, au rang qui leur est conféré par leur hypothèque [1].

Si le législateur s'est expliqué aussi formellement sur les droits des créanciers à hypothèques légales non inscrits pour le cas d'adjudication sur surenchère du dixième, il est resté muet pour les cas, étudiés dans notre première section, d'adjudication sur surenchère du sixième.

Mais il n'existe aucune raison de décider dans un autre sens. Par la procédure qui précède l'adjudication sur surenchère du sixième, les créanciers à hypothèques légales non inscrites ne sont pas davantage mis en demeure de s'inscrire que dans le cas prévu par l'art. 838, dernier alinéa. Aussi leurs droits ne peuvent-ils être équitablement purgés par une telle adjudication.

L'adjudicataire devra, ainsi que la généralité des auteurs le décide [2], remplir les formalités des art. 2193 et s. C. civ., s'il veut être à l'abri de toutes poursuites de la part de ces créanciers inconnus. Tout ce qui vient d'être dit au sujet de l'adjudication sur surenchère du dixième, quant aux créanciers dispensés d'inscription, s'applique ici.

[1] V. les autorités citées ci-dessus.

[2] Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2181, p. 606; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Dalmbert, n. 45, p. 52, note 1.

SECTION IV

ADJUDICATION SUR LA SURENCHÈRE SPÉCIALE DE L'ART. 573 DU CODE DE COMMERCE

L'art. 573 C. com. est ainsi conçu : « La surenchère, après » adjudication des immeubles du failli sur la poursuite des » syndics, n'aura lieu qu'aux conditions et dans les formes » suivantes : La surenchère devra être faite dans la quinzaine. » Elle ne pourra être au-dessous du *dixième* du prix princi- » pal de l'adjudication. Elle sera faite au greffe du tribunal » civil, suivant les formes prescrites par les art. 709 et 710 » du code de procédure civile ; *toute personne* sera admise à » surenchérir. Toute personne sera également admise à con- » courir à l'adjudication par suite de surenchère. *Cette adju- » dication demeurera définitive et ne pourra être suivie d'au- » cune autre surenchère* ».

Sans entrer dans l'explication de ce texte et de ses conséquences au point de vue de la purge, explication qui ne saurait rentrer dans le cadre de notre travail, qu'il nous soit permis de remarquer :

1° Que la surenchère du dixième organisée par notre article est ouverte à toute personne, et remplace la surenchère du sixième de l'art. 710 C. pr. civ. Ce n'est donc pas la surenchère réservée aux créanciers hypothécaires.

2° Que cependant, à la suite d'une adjudication suivie de surenchère dans les conditions de l'art. 573 C. com., le droit de suite des créanciers hypothécaires est éteint par application de la règle, encore une fois formulée par le législateur : « Surenchère sur surenchère ne vaut ».

La purge serait-elle aussi opérée par l'adjudication non suivie de la surenchère prévue par l'art. 573 C. com. ? C'est

une question très controversée qui, si nous devions la traiter, rentrerait dans notre chapitre suivant. Mais, avons-nous dit, les matières commerciales restent étrangères à notre plan [1].

[1] V. sur cette question MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2384 à 2386, p. 610s. et les références.

CHAPITRE III

CAS CONTROVERSÉ : ADJUDICATION SUR FOLLE ENCHÈRE

La poursuite de folle enchère, dirigée contre un adjudicataire qui, d'une manière générale, ne remplit pas ses engagements, est, nous l'avons dit, un incident de la procédure de saisie immobilière (art. 733 à 740 C. pr. civ.). Cette poursuite a pour effet de rouvrir la procédure close par une première adjudication, d'occasionner de nouvelles enchères, une nouvelle adjudication. La nouvelle adjudication résout la propriété de l'adjudicataire fol enchérisseur, au préjudice de ce dernier, qui est tenu de la différence entre son prix et le prix de la revente sur folle enchère (art. 740).

La folle enchère est donc un moyen de protéger les intéressés qui, dans l'espèce, sont le saisi et les créanciers, contre la témérité d'un adjudicataire.

Le législateur a compris que cette protection devait exister non seulement en matière de saisie, mais encore pour toutes les ventes faites en justice. Son utilité est en effet incontestable, qu'il s'agisse d'aliénation de biens de mineurs, de biens dotaux, de biens dépendant d'une succession bénéficiaire ou vacante, ou de ventes sur conversion de saisie avant la mise en cause des créanciers. Plus rapide que l'action résolutoire de l'art. 1654 C. civ., plus facile à exercer puisque sa conservation n'est soumise à aucune formalité, la folle enchère est le moyen le plus efficace assurément de prévenir, dans une

large mesure, l'imprudence des enchérisseurs, et de donner aux ventes faites par autorité de justice une stabilité plus grande.

Aussi l'art. 964 (vente de biens de mineurs) renvoie-t-il aux art. 733 s.; de même l'art. 988 (biens dépendant d'une succession bénéficiaire), de même enfin, par renvoi à l'art. 964, les art. 997 (biens dotaux) et 743 (ventes sur conversion de saisie). Le législateur ne semble avoir fait exception que pour les adjudications sur licitation lorsque l'adjudicataire est un colicitant, à raison de la situation de ce dernier, contre lequel les autres copartageants ont un privilège spécial (art. 2109 C. civ.) qui les garantit suffisamment [1].

Ces quelques indications intéressantes étant rappelées, notre question se pose : L'adjudication sur folle enchère opère-t-elle, de plein droit, la purge des hypothèques?

Deux hypothèses se présentent : 1° l'adjudication qui donne lieu à folle enchère a purgé par elle-même les charges hypothécaires grevant l'immeuble ; 2° l'adjudication qui donne lieu à folle enchère n'a pas purgé l'immeuble.

Première hypothèse. — Nous nous trouvons, par exemple, en présence d'une adjudication sur expropriation forcée ou d'une vente sur conversion de saisie après mise en cause des créanciers, d'une part; ou, d'autre part, en présence d'une adjudication sur surenchère du sixième, d'immeubles appartenant à des mineurs, ou d'une adjudication sur surenchère du dixième.

Nous savons que, dans ces divers cas, soit par suite de la participation des créanciers à la procédure, soit par application de la règle « surenchère sur surenchère ne vaut », le droit de suite des créanciers est converti en un droit sur le

[1] V. sur cette question Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n. 2382, p. 607. — Chauveau sur Carré, V, quest., 2505 *novies*.

prix, et l'adjudicataire n'est pas tenu de remplir les formalités des art. **2183** et s. C. civ.

La situation sera-t-elle modifiée par suite de l'inexécution par l'adjudicataire de ses engagements, chose toujours possible, et par suite de la procédure de folle enchère, aboutissant à une revente, à laquelle cette inexécution donne lieu?

On a prétendu que l'adjudication sur folle enchère ayant pour effet d'anéantir la précédente adjudication, était susceptible de surenchère. Cette prétention est inadmissible.

Il est certain en effet que la folle enchère ne résout pas la précédente adjudication d'une manière absolue. C'est ainsi notamment que l'adjudicataire fol enchérisseur est tenu (art. **740**) de la différence entre son prix et celui de la revente. Il subsiste donc quelque chose de l'adjudication.

Pour le cas d'expropriation forcée, remarquons en outre que, depuis la première adjudication dûment transcrite, l'immeuble est sorti définitivement du patrimoine du saisi; que les droits des créanciers ont été reportés sur le prix, qui pourra varier ainsi que la personne du débiteur du prix, mais que c'est là un fait accompli. « La revente sur folle » enchère, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes [1], » est rendue nécessaire par le fait de l'adjudicataire qui n'a » pas rempli ses engagements. Ne serait-il pas souverainement injuste que cette circonstance devînt pour les créanciers la source d'un préjudice et compromît des droits que » l'adjudication primitive avait définitivement fixés en les » transformant? De l'immeuble qu'ils frappaient à l'origine, » ils avaient été reportés sur le prix. Le droit de suite avait » disparu, le droit de préférence s'exerçait seul sur la somme » due par l'adjudicataire. Il serait contraire à l'équité que le

[1] III, n. 1794, p. 90-91.

» défaut de paiement du prix reportât sur l'immeuble un » droit éteint *inter partes* par l'effet d'un contrat judiciaire ». Ajoutons que les créanciers restent présents à la vente sur folle enchère et que, dès lors, ils peuvent surveiller l'adjudication et éviter, en enchérissant au besoin, la fixation d'un prix trop inférieur. Il n'existe donc ici aucune raison de leur accorder le droit de surenchérir. L'art. 779 est d'ailleurs formel en décidant que la revente sur folle enchère ne donne lieu à aucune nouvelle procédure d'ordre, que par suite le juge doit seulement, sur l'état de collocation et les bordereaux, faire les changements rendus nécessaires par la différence du prix et la substitution d'un adjudicataire au premier. C'est bien la consécration de la doctrine que nous soutenons avec la presque unanimité des auteurs (¹). Aucune surenchère n'est possible après une adjudication sur folle enchère intervenue sur une expropriation forcée.

Pour le cas d'adjudication sur surenchère du sixième ou du dixième suivie d'adjudication sur folle enchère, il faut décider dans le même sens. Une surenchère a eu lieu, a élevé le prix de l'immeuble, c'est un fait dont il reste quelque chose malgré la folle enchère. Ce prix subsiste même, puisque le fol enchérisseur doit payer la différence si celui de la revente est inférieur. Or, si la surenchère, fait matériel, n'est pas effacée, la règle « surenchère sur surenchère » s'applique. En admettant l'opinion contraire, on irait contre le vœu du législateur qui a voulu éviter trop de reventes successives : « On tomberait de folle enchère en surenchère et de surenchère en » folle enchère et les ordres s'éterniseraient au grand détriment des créanciers dont le paiement serait ainsi indéfini-

(¹) V. notamment Aubry et Rau, III, § 280, p. 377; Dalmbert, n. 59, p. 72 et n. 46, note 3, p. 54; Colmet de Santerre, IX, n. 134 *bis*, XX, p. 308; Guillouard, III, n. 1375, p. 284.

» ment ajourné » (1). Il n'y aurait aucune raison de s'arrêter et la propriété resterait toujours en suspens. C'est la solution admise par la jurisprudence, qu'il s'agisse d'une folle enchère intervenant sur une adjudication sur surenchère du sixième ou sur surenchère du dixième (2).

M. Garsonnet la combat (3), disant que le prix de revente sur folle enchère étant inférieur d'ordinaire à celui de l'adjudication effacée, il est à présumer que la valeur de l'immeuble n'est pas atteinte; que, par suite, il faut laisser aux créanciers la chance de le voir remonter au chiffre déjà atteint, à un chiffre plus haut peut-être.

Répondons simplement à cela qu'il est à présumer plutôt que si l'adjudicataire fol enchérisseur n'a pas payé, c'est parce que le prix était disproportionné à la valeur de l'immeuble; que la baisse le prouve; qu'au surplus, dans la plupart des cas, les créanciers sont là pour enchérir et relever le prix.

Il faut conclure que, dans toutes les hypothèques où l'adjudication occasionnant la folle enchère a opéré la purge des hypothèques, cette purge est un fait acquis et que la revente sur folle enchère n'est susceptible, à son tour, d'aucune surenchère, notamment de celle du dixième.

Deuxième hypothèse. — En serait-il de même si l'adjudication n'avait pas entraîné la purge? L'adjudicataire après revente sur folle enchère devra-t-il mettre les créanciers en demeure de surenchérir du dixième?

(1) Dalmbert, n. 47, note 3, p. 54. — Cf. Pont, II, n. 1350, p. 616. — *Code ann.* de Fuzier-Herman, art. 2185, n. 4.

(2) Colmar, 13 mai 1857, D., 57. 2. 45. — Pau, 28 mars 1860, D., 60. 2. 183. — Bourges, 8 avril 1873, D., 74. 2. 144. — Rouen, 4 juil. 1884, S., 84. 2. 182. — Req. rej., 21 oct. 1889, D., 90. 1. 11. — Rousseau et Laisney, *Suppl.*, v° *Vente jud. d'imm.*, n. 102 quater.

(IV, § 757, p. 422.



Il n'est plus question ici, bien entendu, de ventes sur saisie ou sur conversion de saisie après mise en cause des créanciers, puisqu'elles opèrent la purge par elles-mêmes et rentrent dans notre première hypothèse. Il n'est pas question davantage des autres ventes judiciaires, biens de mineurs, succession bénéficiaire, biens dotaux, conversion de saisie, avant mise en cause des créanciers dans le cas où ces ventes ont été suivies de surenchère, toujours pour la même raison.

Il s'agit uniquement de ces quatre sortes de ventes dans le cas où, n'ayant pas été suivies de surenchère, elles ont laissé intacts les droits des créanciers, l'adjudicataire étant tenu de remplir les formalités de la purge. La folle enchère poursuivie contre cet adjudicataire aura-t-elle pour effet de dispenser le nouvel adjudicataire de ces formalités?

A première vue, il semble déjà qu'une telle poursuite ne saurait tenir lieu de purge.

En effet, d'une part, dans la procédure de folle enchère, on ne trouve aucune trace de mise en cause des créanciers. S'ils n'étaient pas présents à la procédure avant la folle enchère, comme nous le supposons, la folle enchère les laissera encore complètement étrangers à la vente. Rien ne les avertira de l'aliénation de leur gage. Une nouvelle publicité est bien faite (art. 735 C. pr. civ.). Mais nous savons qu'une notification individuelle est nécessaire pour que les créanciers puissent être considérés comme liés à la procédure. Donc l'adjudication sur folle enchère ne saurait rentrer dans les cas d'application de notre première règle.

D'autre part, il semble bien que la folle enchère ne saurait être assimilée à une surenchère. L'une est comme un retour en arrière dans la réalisation de l'immeuble, l'adjudication ne pouvant être maintenue. L'autre, la surenchère, est au contraire une marche en avant, l'adjudication étant

dépassée, pour ainsi dire, comme insuffisante. Aussi la règle « surenchère sur surenchère ne vaut » ne saurait être applicable : si une surenchère était possible, et nous le supposons, sur l'adjudication donnant lieu à folle enchère, elle reste possible après la folle enchère. La question méritera d'être examinée avec plus de détails, mais il était intéressant d'indiquer que, de prime abord, l'adjudication sur folle enchère ne semblait pas être un cas d'application de notre seconde règle.

L'adjudicataire, comme aurait dû le faire le fol enchérisseur, devra donc, s'il veut échapper aux poursuites des créanciers, les mettre en demeure d'accepter le prix de son adjudication comme représentant la valeur de leur gage, ou de surenchérir, s'ils le préfèrent, conformément à l'art. 2185 C. civ.

Mais voici une première objection faite à notre manière de voir.

L'art. 739 C. pr. civ. dernier alinéa est ainsi conçu : « Seront » observés, lors de l'adjudication sur folle enchère, les art. » 705, 706, 707 et 711 ». L'art. 739, on le voit, renvoie bien au titre de la saisie immobilière, mais passe sous silence les art. 708, 709, 710 qui traitent de la surenchère du sixième. Ce silence indique nettement la volonté du législateur de prohiber la surenchère du sixième après l'adjudication sur folle enchère. Or, si la surenchère du sixième est interdite, il doit en être de même, par assimilation, de la surenchère du dixième. Telle est l'objection.

Remarquons, en premier lieu, que l'accord est loin d'être fait sur la manière d'interpréter cette omission des art. 708 et s. dans le renvoi de l'art. 739. Sans entrer dans le détail de cette controverse, il est intéressant d'en signaler les bases qui nous seront, au surplus, de quelque utilité lorsque nous envisagerons la surenchère du dixième. Plusieurs auteurs,

notamment MM. Garsonnet [1] et Chauveau sur Carré [2], estiment que la surenchère du sixième est possible malgré l'art. 739. Il faut citer aussi dans ce sens diverses décisions de jurisprudence [3]. Le jugement du tribunal de Fort-de-France, du 4 février 1853, est surtout remarquablement motivé et contient beaucoup d'éléments de discussion d'un intérêt supérieur.

Le principal argument des partisans de cette opinion est formulé en ces termes : « Ces expressions : « *seront observées* » LORS *de l'adjudication* » (de l'art. 739) semblent indiquer » que le législateur n'a voulu parler que des formalités à » remplir lors de l'adjudication, les feux, les enchères, etc..., » mais point des *suites,* des effets de l'adjudication » [4]. Or, la surenchère du sixième est postérieure à l'adjudication, en est une « suite ». Et comme cet art. 739 est la seule disposition paraissant la prohiber; puisqu'il est démontré inapplicable aux suites de l'adjudication, la surenchère est permise. Le droit de surenchère, « après les ventes judiciaires, qui » ne semblait d'abord être qu'un droit tout exceptionnel, est » devenu le droit général » [5]. Le tribunal de Fort-de-France se place à un autre point de vue, disant que l'art. 739, sur la folle enchère, n'avait qu'à renvoyer aux textes indiquant les formalités « indispensables » et la surenchère n'est pas une suite « nécessaire » de la vente, mais un droit « facultatif ».

Nous croyons préférable l'opinion contraire que défendent

(1) IV, § 757, p. 421.

(2) V, 2e part., quest. 2431 *quinquies*, p. 796.

(3) Trib. civ. Limoges, 12 janv. 1847, D., 47. 3. 112. — Trib. Bourbon-Vendée, 17 sept. 1847, D., 47. 3. 191. — Besançon, 28 déc. 1848, D., 50. 2. 52. — Trib. Fort-de-France, 4 fév. 1853, D., 53. 3. 31.

(4) Chauveau sur Carré, *loc. cit.*

(5) Jugement précité du Tribunal de Bourbon-Vendée. — V. aussi jugement du Tribunal de Fort-de-France.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ([1]), Dalmbert ([2]), Aubry et Rau ([3]) et qu'ont adoptée la cour de cassation à plusieurs reprises et la plupart des cours d'appel ([4]).

En réponse à l'argument des adversaires, on peut dire en effet que la surenchère est si peu considérée par le législateur comme une « suite » de l'adjudication, que les dispositions qui la concernent (art. 708, 709, 710) sont insérées au code, au milieu même des articles relatifs aux formalités de l'adjudication, les feux, les enchères (art. 707), à la capacité des avoués, des membres du tribunal (art. 711), à la rédaction du jugement d'adjudication (art. 712), alors que les prescriptions relatives aux faits postérieurs sont contenues dans les art. 713 et s. La surenchère, en effet, devant être formée dans la huitaine, fait corps, pour ainsi dire, avec l'adjudication : elle en est contemporaine. « Qu'est-ce, en » effet, disait M. Persil à la Chambre des pairs ([5]), que cette » mesure sinon la *continuation* des premières enchères? »

On dit encore que le droit de surenchère étant « facultatif », le législateur n'avait pas, dans l'art. 739, à renvoyer à l'art. 708. On dit aussi que ce droit n'est pas exceptionnel mais général. Il est vrai que c'est un droit facultatif, mais lorsqu'il veut en rendre susceptibles certaines espèces de ventes, le législateur ne manque pas, pour cela, de déclarer applicables les articles qui l'accordent (art. 965, 973, art.

([1]) III, n. 2382, p. 608.

([2]) N. 46, p. 53.

([3]) III, § 293 *bis*, p. 501, note 14.

([4]) V. notamment : Bordeaux, 20 juin 1848, D., 50. 2. 50. — Civ. cass., 4 août 1851, D., 51. 1. 231. — Metz, 6 fév. 1867, D., 67. 2. 44. — Req , 14 mars 1870, D., 70. 1. 328. — Civ. cass., 26 avril 1881, D., 81. 1. 405. — Civ. cass., 24 juill. 1882, D., 83. 1. 256. — Req. rej., 31 mars 1884, D., 84. 1. 404. — Alger, 7 nov. 1892, D., 94. 2. 16. — Alger, 28 mai 1894, D., 96. 2. 205. — V. Rousseau et Laisney, *Supp.*, v° *Vente judic. d'imm.*, n. 89 *bis*.

([5]) Chauveau sur Carré, V, 1re part., p. 29.



988 qui renvoie à l'art. 965). Ce qui prouve encore surabondamment que ce droit est exceptionnel : à quoi serviraient autrement ces références ?

On répliquera peut-être avec le tribunal de Fort-de-France que la vente sur folle enchère n'est qu'un incident, non une vente spéciale et que par suite il n'était pas besoin d'y renvoyer. Mais, s'il est vrai qu'une telle vente soit un incident d'une première vente « à laquelle elle se relie », il n'en est pas moins vrai aussi que c'est une deuxième mise aux enchères, une deuxième adjudication, et que cela nécessitait de la part du législateur un renvoi spécial à la surenchère, s'il avait cru la rendre possible, alors surtout que sa principale préoccupation était de ne pas multiplier les reventes.

Il nous paraît donc absolument certain que, rédigeant l'art. 739, le législateur a voulu écarter la surenchère du sixième après une adjudication sur folle-enchère. Il a pensé qu'en l'autorisant, il allait encore tenir inutilement la propriété en suspens, après deux enchères successivement ouvertes, après une malheureuse expérience ayant déjà fait perdre beaucoup de temps et attiré sur la valeur véritable de l'immeuble l'attention des enchérisseurs.

Mais alors l'objection de ceux qui prétendent que la surenchère du dixième est, par assimilation, impossible, subsiste dans toute sa force. Il est cependant aisé de la réfuter par l'exacte appréciation des bases d'une telle assimilation.

Nous savons que, dans tous les cas où la surenchère du sixième est expressément autorisée par la loi, *toute personne* peut exercer ce droit. Cela prouve qu'il n'est besoin d'aucune qualité spéciale, qu'il suffit de vouloir se porter acquéreur de l'immeuble vendu. Par suite, le législateur peut prohiber la surenchère du sixième lorsque tel lui semble être l'intérêt social, sans porter atteinte à un droit acquis préexistant.

Or, il n'en est pas de même pour la surenchère du dixième qui est « inhérente à l'hypothèque », qui « en est le nerf », suivant l'expression de M. le premier président Troplong ([1]). L'hypothèque sans le droit de suite n'est rien ou presque rien ; qu'est à son tour le droit de suite sans le droit de surenchérir du dixième ? Les créanciers puisent donc ce droit de surenchère après toute aliénation volontaire suivie des formalités de la purge, dans l'hypothèque elle-même, en vertu de l'art. 2185 C. civ. Les en priver, c'est mettre à peu près à néant leur hypothèque toute entière. Aussi le législateur, chaque fois qu'il a dû mettre un terme à l'exercice de ce droit, a-t-il donné aux créanciers une compensation comme en matière de saisie, à moins qu'ils n'aient eu déjà toutes garanties, comme par une première surenchère. En tous cas, un texte formel est nécessaire pour mutiler ainsi l'hypothèque; on ne saurait le faire par voie d'analogie.

Ces considérations se trouvent magistralement exposées dans un arrêt de la cour de cassation en date du 6 juillet 1864 ([2]) rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Bordeaux du 23 juillet 1861 : « Attendu, dit la cour » suprême, que sur la notification d'un contrat de vente faite » pour purger les hypothèques, tous les créanciers inscrits » ont le droit, en vertu de l'art. 2185 C. civ., de faire une » surenchère du dixième; que ce droit spécial, accordé à certains créanciers, est une conséquence de l'hypothèque ; » qu'il est nécessaire, pour en assurer l'efficacité, de fixer le » prix de l'immeuble et d'empêcher l'aliénation du gage au-dessous de sa juste valeur; qu'il sert aussi de base à la » purge des hypothèques; que les créanciers ne peuvent » perdre ce droit important que par leur renonciation ou par

([1]) V. note de M. Moreau, S , 64. 1. 377.
([2]) D., 64. 1. 279, S., *ibid.*

» une disposition de la loi ; Attendu qu'aucun article du code » civil ou du code de procédure civile ne leur en interdit » l'exercice après une vente volontaire suivie de revente sur » folle enchère, vente et revente auxquelles ils n'ont pas été » parties et qu'ils peuvent n'avoir pas connues ; qu'il résulte, » il est vrai, de la combinaison des art. 739, 708, 709 et 711 » C. pr. civ., que si une expropriation forcée poursuivie en » présence des créanciers inscrits aux termes de l'art. 692, a » été suivie de folle enchère, cette revente sur folle enchère » ne rouvre pas le droit de surenchérir du sixième que l'art. » 708 permet à toute personne ; mais que l'on ne saurait » étendre par analogie ce que le code de procédure dit de la » surenchère du sixième, permise à tous, à la surenchère du » dixième qui est expressément accordée par le code civil aux » créanciers hypothécaires et qui est une conséquence de leur » droit ; que s'il en était autrement, une vente purement » volontaire et qu'ils n'auraient pu surveiller, fixerait défini- » tivement le prix de leur gage et consommerait à leur insu » la purge de leurs hypothèques » (¹).

Le législateur a donc, par son silence dans l'art. 739, exclu la surenchère du sixième qui est exceptionnelle, ce qu'il pouvait faire sans préjudicier au moindre droit acquis. Mais on ne peut en induire qu'il a exclu la surenchère du dixième (²), ce qui eût été léser un droit préexistant, détruire la force de l'hypothèque sans compensation aucune.

Une deuxième objection peut être faite : la folle enchère, qui est une seconde vente en justice, doit être assimilée à

(¹) V. aussi Dijon, 24 mars 1855, D., 55. 2. 127. — Bordeaux, 3 mai 1867, S., 67. 2 279. — Trib. civ. Mauriac, 23 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 417.

(²) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.; Code ann* de Fuzier-Herman, art. 2185, n. 6 ; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Dalmbert, *loc. cit.;* Pont, II, n. 1350, p. 615.

une surenchère; d'où il suit que, par application de la règle « surenchère sur surenchère ne vaut », les créanciers ne peuvent surenchérir du dixième après cette deuxième adjudication.

Nous avons déjà fait pressentir notre réponse à une telle objection en montrant combien, au premier abord, il paraissait impossible d'assimiler la folle enchère à la surenchère.

Il faut bien remarquer, pour se pénétrer de la différence des résultats de l'une et de l'autre, la situation dans laquelle se trouvent, dans notre hypothèse, qui ne ressemble en rien à la précédente, les créanciers et l'adjudicataire. Une seule vente aux enchères a eu lieu en dehors des créanciers, il n'a pas été usé de la faculté de surenchérir, et l'adjudicataire, au profit duquel ont cédé ces uniques enchères, ne remplit pas ses engagements; la folle enchère est poursuivie et aboutit à une deuxième adjudication. Il y a donc eu une seule fixation normale de prix, la seconde, après folle enchère, ayant subi le contre-coup, fatal en pratique, de l'imprudence du premier adjudicataire. Dans notre précédente hypothèse, tout au contraire, ou bien les créanciers avaient été présents à la vente et cela suffisait pour que la purge fût opérée, ou bien il y avait eu, avant la folle enchère, une première adjudication, puis une deuxième sur surenchère, toutes deux effectuées dans des conditions normales, de telle sorte que la maxime « surenchère sur surenchère » pouvait s'appliquer sans préjudicier sensiblement aux créanciers [1].

Or, dans le cas actuel, peut-on croire un instant que l'adjudication sur folle enchère, ce retour en arrière, ait donné

[1] Cf. D., *J. G.*, *Suppl.*, vº *Surenchère*, n. 26.

aux créanciers absents de la vente les mêmes garanties, quant à la fixation du prix, qu'une adjudication sur surenchère?

La surenchère, succédant à la première adjudication, aurait élevé le prix de l'immeuble; c'était une garantie. La folle enchère produit en pratique un résultat tout opposé. Les enchérisseurs s'éloignent sous une fâcheuse impression qu'il est difficile de vaincre, et l'immeuble est adjugé pour un prix souvent de beaucoup inférieur à celui de l'adjudication primitive. L'effet ordinaire de la folle enchère est donc, pour employer les termes de la cour de Dijon, dans l'arrêt précité « d'amoindrir le gage des créanciers ». Quelle singulière garantie ce serait pour eux! Il est vrai que l'on pourrait nous dire, comme nous le disions tout à l'heure aux partisans de la surenchère du sixième : l'art. 740 accorde aux intéressés un recours contre le fol enchérisseur pour la différence entre son prix et celui de l'adjudication sur folle enchère, cela est une garantie. C'est exact, répondrons-nous, mais ici, le fol enchérisseur est tenu du prix de la première et unique adjudication, prix vraisemblablement inférieur à la valeur de l'immeuble; tandis que, tout à l'heure, il était tenu du prix de la deuxième adjudication, intervenue sur surenchère, ce qui est absolument différent.

La folle enchère ne saurait donc, à aucun point de vue, être assimilée à la surenchère. La cour de cassation, dans son arrêt précité de 1864, ajoute encore à ces considérations un nouvel argument : « Attendu, dit-elle, que cette différence (entre la surenchère et la folle enchère) est constatée » par l'art. 838 C. pr. civ.; que cet article qui règle les formes » de la surenchère sur aliénation volontaire dit bien qu'il ne » peut y avoir surenchère du sixième après surenchère du » dixième, mais qu'il ne dit pas que la surenchère du

» dixième n'aura pas lieu par le seul motif qu'il y a eu re-
» vente sur folle enchère et que ce silence est d'autant plus
» significatif que ce même article autorise expressément la
» revente sur folle enchère après surenchère du dixième ».

Les tribunaux partisans de la surenchère du sixième, dont nous avons cité les décisions, celui de Fort-de-France notamment, invoquaient eux aussi, en faveur de leur thèse, contraire à la loi, l'intérêt des créanciers. Ils allaient jusqu'à dire que le droit de surenchérir du sixième était né de la sollicitude du législateur pour les créanciers hypothécaires. Cela est sans doute exact en matière de saisie, puisque les créanciers y sont privés de leur surenchère spéciale; mais pas en matière de ventes en justice volontaires comme celles qui nous occupent, puisque ces ventes sont faites dans l'intérêt d'autres personnes que les créanciers et en dehors de ces derniers auxquels reste toujours parallèlement le droit de surenchérir du dixième. L'argument de ces tribunaux pourrait donc être invoqué plus utilement par nous. Cela prouve combien paraît sacré à tous l'intérêt des créanciers hypothécaires, et combien il est inadmissible que le législateur l'ait sacrifié sans compensation. En laissant aux créanciers l'exercice du droit né de leur hypothèque, il a satisfait pleinement aux préoccupations que nous venons de signaler, sans qu'il soit besoin de recourir à la surenchère du sixième.

On est venu cependant, devant la cour de Dijon [1], soulever une autre objection contre le droit de surenchère du dixième après folle enchère. On a prétendu qu'admettre ce droit, c'était éterniser l'incertitude de la propriété par des folles enchères successives.

Cette objection nous paraît peu sérieuse. Elle pourrait

[1] Arrêt précité du 24 mars 1855.

d'ailleurs s'adresser, dans tous les cas, à la surenchère du dixième, comme à toute autre surenchère, puisque, par elle, les folles enchères deviennent possibles plus souvent. Ces surenchères, celle du dixième surtout, sont cependant indispensables. Au surplus, dans l'hypothèse actuelle, tout fait présumer que les créanciers hypothécaires auront appris les ventes et reventes successives de leur gage et qu'aussitôt l'adjudication sur folle enchère prononcée, ils auront la prudence de mettre en demeure l'adjudicataire de notifier ou de délaisser, ce qui évitera beaucoup de lenteurs. Il n'est guère probable d'ailleurs qu'une deuxième folle enchère ait lieu, l'adjudicataire sur surenchère du dixième ayant sans doute apprécié l'immeuble à sa juste valeur avant de s'en rendre acquéreur : dans la généralité des cas, en pratique, cet adjudicataire ne sera autre que le créancier surenchérisseur. On ne peut raisonnablement, pour un inconvénient aussi problématique, exclure la surenchère du dixième.

On objecte enfin que l'art. 740, déclarant le fol enchérisseur tenu de la différence entre son prix et celui de la revente, indique nettement la volonté du législateur de faire de l'adjudication sur folle enchère le terme et la consommation de la procédure. Si en effet une nouvelle adjudication était possible, un nouveau prix serait fixé et, par suite, l'obligation du fol enchérisseur aurait une autre base.

Mais il faut remarquer que l'art. 740, pas plus que les dispositions précédentes, ne s'explique sur le droit de surenchère après folle enchère. Si la volonté du législateur eût été de faire de la vente sur folle enchère le terme de la procédure, il avait ici une excellente occasion de la formuler : il ne l'a pas fait. Par suite le droit commun subsiste, c'est-à-dire le droit hypothécaire des créanciers avec toutes ses prérogatives. Or, s'il y a surenchère du dixième, tout le monde en

bénéficiera et nous croyons, avec la cour de Dijon, que cette nouvelle adjudication prenant, dans une large mesure ([1]), la place de la vente sur folle enchère, servira de base à l'obligation du fol enchérisseur qui n'aura certes pas à s'en plaindre. Au surplus, l'art. 740 marque si peu le terme de la procédure, comme le fait remarquer le tribunal de Fort-de-France, qu'une seconde folle enchère est possible, et ainsi de suite jusqu'au paiement du prix.

En résumé, les considérations qui précèdent s'accordent parfaitement à démontrer l'impossibilité d'assimiler la surenchère du dixième à la surenchère du sixième. De la prohibition de l'une, on ne peut conclure à la prohibition de l'autre. l'une étant un droit exceptionnel, trouvant son unique raison d'être dans la disposition qui la déclare possible après telle ou telle vente ; l'autre étant l'exercice même d'un droit préexistant, le droit hypothécaire, ne pouvant subir d'atteinte que d'un texte formel.

L'adjudicataire sur folle enchère, s'il veut libérer son immeuble, devra donc remplir les formalités de la purge, toutes les fois que l'adjudication qui avait précédé la folle enchère avait laissé intacts les droits des créanciers.

Mais si telle est la loi, telle, à notre avis, elle ne devrait pas être, car il faut éviter le plus possible « de détruire la » foi de l'adjudication » ([2]) en justice par des enchères successives. Or le moyen proposé à la fin de notre première section remédierait dans une large mesure à cet inconvénient. La conciliation serait opérée si le législateur faisait de toutes les ventes judiciaires des ventes entraînant la purge par suite

([1]) Sans être assimilable absolument à une condition résolutoire, l'adjudication sur surenchère résout les effets de l'adjudication précédente (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, p. 110, n. 1793).

([2]) Comme disait M. Persil à la Chambre des pairs.

d'une mise en cause préalable des créanciers, comme en matière de saisie. Aucun droit ne serait lésé par la suppression de la surenchère du dixième et, après une folle enchère notamment, il ne serait pas nécessaire de recourir à une nouvelle vente.

Vu : *Le Président de la thèse,*
LE COQ.

Vu : *Le Doyen,*
BAUDRY-LACANTINERIE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 29 mai 1900.
Le Recteur,
Gaston BIZOS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil, 4e éd., 1869. Paris, 8 vol.
» 5e éd., 1897-1900. Paris, 3 vol. parus.
BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, IIIe vol.
BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES. — Traité théorique et pratique de droit civil, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 3 vol., 1re éd., 1896; 2e éd., 1899.
BIOCHE. — Dictionnaire de procédure civile. Paris, 1847.
BOITARD et COLMET-DAAGE. — Leçons de procédure civile, 10e éd., 1868, 2 vol.
BOUISSON. — Note dans Sirey périodique, 94. 2. 105.
CHAUVEAU et CARRÉ. — Les lois de la procédure civile, 3e éd., 1846.
COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de code civil, IXe vol., 2e éd., 1889.
DALLOZ — Jurisprudence générale, Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris, 1858, vis *Ordre entre créanciers, Privilèges et hypothèques, Surenchère, Vente publique d'immeubles.*
» Supplément au répertoire, vis *Privilèges et hypothèques, Surenchère, Vente publique d'immeubles.*
» Recueil périodique.
DALMBERT. — Purge des privilèges et hypothèques, 2e éd. Paris, 1891.
FERRIÈRE. — Dictionnaire de droit et de pratique.
FUZIER-HERMAN. — Code civil annoté.
GARSONNET. — Traité théorique et pratique de procédure civile, 7 vol. Paris, 1882-1897.
Gazette du Palais, Recueil de jurisprudence.
GLASSON. — Note dans Dalloz périodique, 95. 2. 49.
GUILLOUARD. — Des privilèges et hypothèques, 4 vol., 1897-1899.
LABBÉ. — Note dans Sirey périodique, 89. 1. 49.
LAURENT. — Droit civil, XXXI.
LOYSEL. — Institutes coutumières.
MERLIN. — Répertoire, 3e éd., 1807.
MOREAU. — Note dans Sirey périodique, 64. 1. 377.
OLIVIER et MOURLON. — Commentaire de la loi du 21 mai 1858.
PONT. — Traité des privilèges et hypothèques, 2e éd.

Pothier. — Procédure, éd. de M. Dupin, 1824, IX.
Rousseau et Laisney. — Dictionnaire de procédure civile.
» Supplément, 2 vol., 1896.
Sirey. — Recueil périodique.
Tissier. — Note dans Sirey périodique, 98. 1. 321.
Troplong. — Droit civil, Des privilèges et hypothèques, 4 vol , 4e éd., 1845.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1
I. Base de la purge. 3
II. La purge de plein droit. Première règle 6
III. Historique 8
CHAPITRE PREMIER. — Aliénations opérant de plein droit la purge par suite de la participation des créanciers à l'aliénation 18
Section Première. — Vente sur saisie immobilière. 18
§ I. A quels privilèges et hypothèques s'applique l'art. 717 al. 7. . . 25
I. Hypothèques inscrites. 26
II. Hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites 44
III. Privilèges sur l'immeuble adjugé 58
§ II. Est-ce le jugement d'adjudication ou sa transcription qui opère la purge? 65
§ III. Conséquences du non-paiement du prix. 79
§ IV. Conséquences de divers faits postérieurs à l'adjudication . . . 95
Section II. — Vente sur conversion de saisie immobilière en vente volontaire après l'accomplissement des formalités de l'art. 692 C. P. C. 98
Section III. — Expropriation pour cause d'utilité publique (simplement indiqué) 104
APPENDICE. — La loi du 13 février 1889. Hypothèque légale de la femme mariée. 105
CHAPITRE II. — Aliénations opérant de plein droit la purge, par application de la règle « *Surenchère sur surenchère ne vaut* ». 107
Section Première. — Adjudication sur surenchère du sixième (Effets sur les hypothèques inscrites) 109
I. Biens de mineurs 110
II. Biens dépendant d'une succession bénéficiaire ou vacante . . 113
III. Immeubles dotaux. 114
IV. Licitations 114
V. Conversion de saisie avant l'accomplissement des formalités de l'art. 692. 116

Pages

VI. Dans ces divers cas, les droits des créanciers sont-ils suffisamment sauvegardés? 121

Section II. — Adjudications sur surenchère du dixième. (Effets sur les hypothèques inscrites) 127

Section III. — Effets des adjudications sur surenchères du sixième ou du dixième sur les hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites. 131

Section IV. — Adjudication sur la surenchère spéciale de l'art. 573 code de commerce (simplement indiqué) 135

Chapitre III. — Cas controversé. Adjudication sur folle enchère 137

23.916. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

